This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

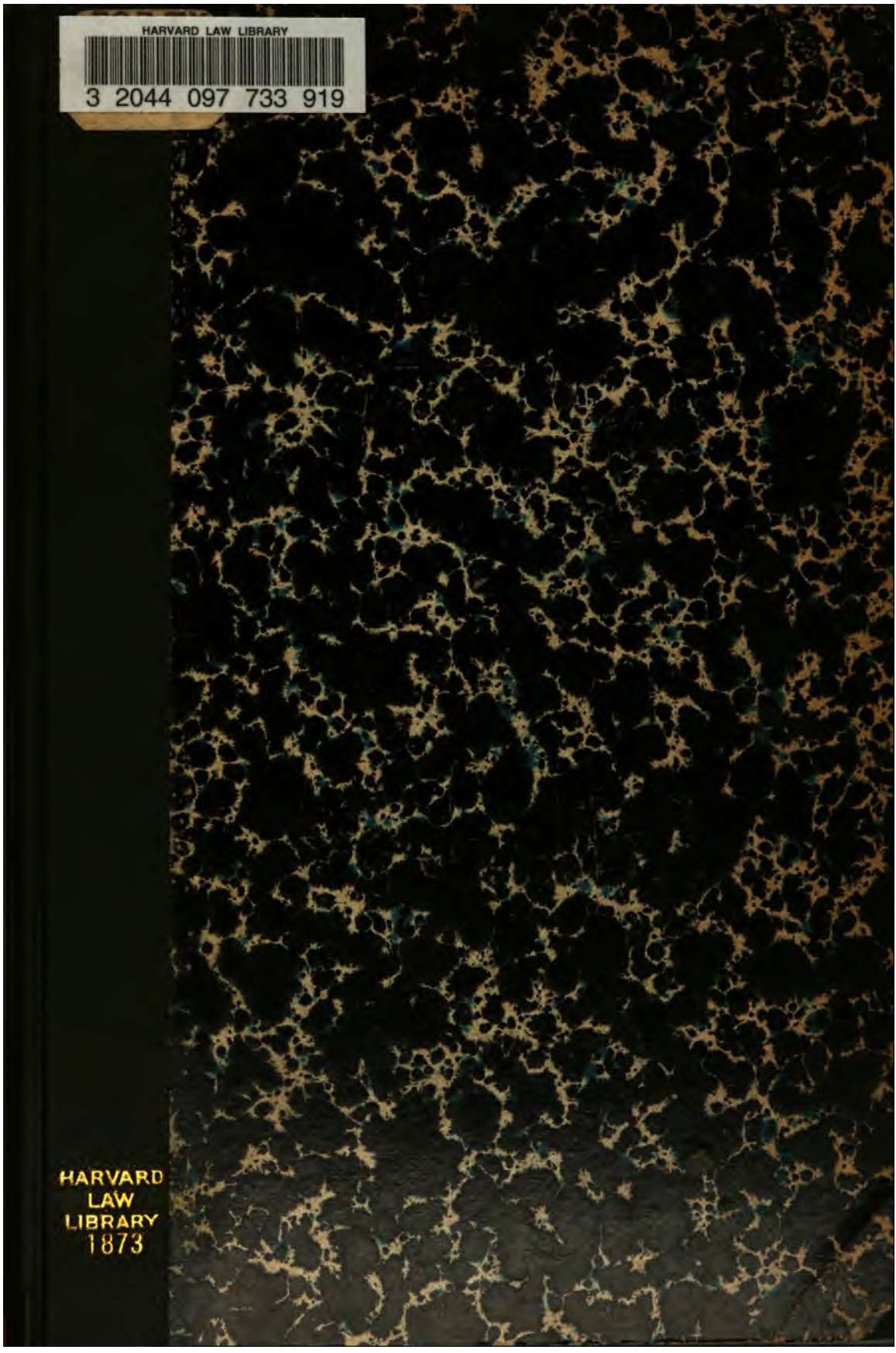
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

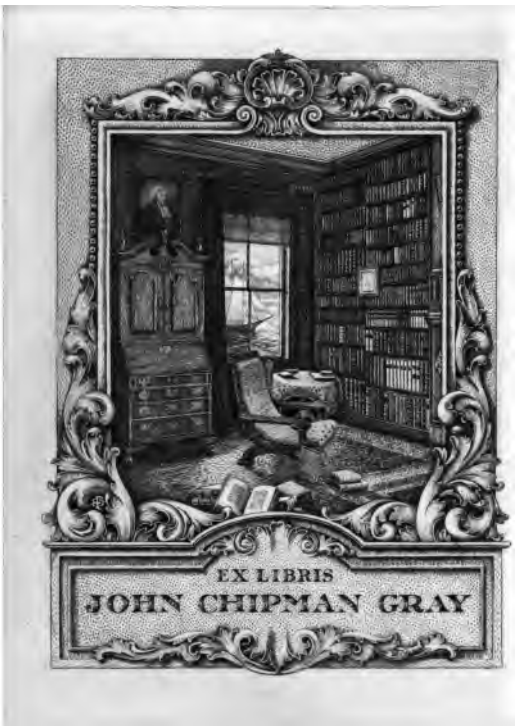
Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 733 919



HARVARD
LAW
LIBRARY
1873

E.



Czechoslovakia

2nd copy

VACUAE POSSESSIONIS TRADITIO

EINE

CIVILISTISCHE UNTERSUCHUNG

VON

K. ESMARCH.

PRAG.

VERLAG VON H. DOMINICUS.

1873.

Rom. 9.5

For TX
E765x

APR 6 1933
4/6/33

Druck der Actien-Gesellschaft Bohemia. Selbstverlag.

I. Die Brinz'sche Theorie der „possessionis traditio."

Dass Besitz und Succession zwei Dinge seien, die sich gegenseitig ausschliessen, und derivativer Besitzerwerb etwas mit dem Begriff des Besitzes Unvereinbares, dem Grunddogma „corpore et animo possessionem adquirimus" schlechthin Widersprechendes sei, konnte bis vor 16 Jahren zu den wenigen nicht controversen Punkten der Besitzlehre gezählt werden. Der Succession geschah in den Darstellungen dieser Lehre entweder gar keine Erwähnung, oder sie ward nur genannt, um gleichzeitig die Unanwendbarkeit dieses Begriffes auf den Besitz auszusprechen. *)

Im ersten Bande des „Lehrbuches der Pandekten" von Alois Brinz (1857) findet sich S. 60 der unter solchen Umständen bemerkenswerthe Satz: „Warum auch possessionis traditio nicht ebensowohl als dominii traditio eine Succession enthalte, sehen wir nicht ein." Ein Gedanke, welcher dann weiterhin S. 61 und besonders S. 65 mit Anwendung auf den „abgeleiteten Besitz" weiter verfolgt wird. Damit ist zusammenzuhalten, was schon früher S. 57 über die „Civilisirung" des Besitzes sich bemerkt findet, namentlich der Ausspruch: „auch die possessio selbst ist in der traditio possessionis vielmehr als ein Rechtsding (res juris) denn als physische Macht zu denken."

Diese Andeutungen, deren Prägnanz sich nicht verkennen lässt, waren aber nur vorausgeschickte Plänkler eines im folgenden Jahre unternommenen Hauptangriffes

*) Vergl. die bei Randa, Besitz u. s. w. p. 149 angeführten Schriftsteller.

vermittelst einer im dritten Bande der Bekker-Muther'schen Jahrbücher (Heft I. S. 16—57) enthaltenen, possessionis traditio überschriebenen Abhandlung.

Eine durch Scharfsinn, Tiefe und comprimirten Gehalt höchst bedeutsame Arbeit, von welcher die Bezeichnung „Angriff" nicht die Vorstellung erwecken soll, als handle es sich darum, gegen die herrschende Lehre einen auf ihre Vernichtung von vorn herein berechneten Feldzug zu unternehmen. Wir haben vielmehr die ungleich seltenere und um so erfreulichere Erscheinung einer parteilosen und objectiven Abwägung der für beide Seiten sprechenden Gründe vor uns, in dem Grade, dass der Verfasser nicht selten die Geschäfte eines Anwalts für die herrschende Lehre übernimmt, und zuweilen ein schärferes Auge für die schwachen Seiten des Angriffs, als für die Schwächen der Vertheidigung hat.

Nachdem aber die Wagschalen einander lange das Gleichgewicht gehalten haben, indem der Verfasser, wenn er in die eine ein Gewicht geworfen hat, ein gleich schweres in die andere wirft, ergibt sich ihm doch endlich ein definitives Sinken der Schale, deren Gewichte die Gründe gegen die herrschende Lehre und für die Successionstheorie bilden. Aber freilich geht die letztere nicht ohne eine sehr erhebliche Beschränkung und Abschwächung aus der Prüfung hervor. Das sich für Brinz ergebende Resultat ist nämlich dies, dass eine possessionis traditio im eigentlichen Sinne nur dann vorliege oder m. a. W. der Besitz den Regeln des derivativen Erwerbs und den Grundsätzen des Successions-Begriffs nur dann unterworfen sei, wenn possessio als solche, d. h. der zum Eigenthum sich gleichgiltig verhaltende, von der Sache isolirte Besitz Gegenstand eines Traditionsactes sei, nicht aber wenn es sich um rei traditio handle, d. h. wenn die Sache ihrer Substanz nach in das Eigenthum resp. Vermögen des Empfängers gebracht

werden soll. Im letzteren Fall soll nur der Erwerb des durch den Besitz zu vermittelnden Rechtes von den Voraussetzungen der Succession abhängig sein, nicht der Besitz selbst, welcher vielmehr durch eigene That des Empfängers ergriffen wird — wo es sich um possessionis traditio handelt, da allerdings soll der Besitzerwerb trotz factischen Habens und Haben-Wollens der Sache nur dann Statt finden, wenn alle Voraussetzungen eines juristisch giltigen Traditionsactes zusammentreffen, und vor Allem das Cardinalerforderniss, dass dem Tradenten das Recht, welches er übertragen will, selbst zustehe, vorhanden sei. Possessionis traditio von einem Nichtbesitzer vorgenommen würde also dem Empfänger keinen Besitz an der Sache verschaffen.

Es bedarf kaum der Bemerkung, dass diese Theorie nicht das Resultat einer verschwommenen Deduction aus „der Natur der Sache," sondern der Interpretation positiver Quellenaussprüche ist. Die aufgestellte Unterscheidung ist im Wesentlichen gegründet auf einen Compromiss zwischen schwierigen und scheinbar sich widersprechenden Stellen, über deren Auslegung und Vereinigung meistentheils von der Glosse bis auf den heutigen Tag gestritten wird. Von diesen Stellen wird später (unter II.) ausführlich gehandelt werden.

Aber es fehlt auch nicht an Deductionen allgemeiner Art, durch welche Brinz seine den Quellen abgewonnene Theorie der juristischen Logik anzupassen und sie als Consequenz höherer Rechtswahrheiten darzustellen sucht.

Diese nehmen zunächst unser Interesse in Anspruch. Es kam vor Allem darauf an, den für die ganze Frage präjudiciellen Begriff der Singular-Succession klar zu stellen, ein Begriff, welcher, seitdem Kuntze die herkömmliche, noch von Savigny adoptirte Auffassung gewogen und zu leicht befunden hatte, Gegenstand vielfacher und zum Theil ziemlich lebhafter Erörterungen geworden ist. An die Stelle der überlieferten Lehre, das juridische Wesen der Singular-

Succession liege darin, dass ein Recht unverändert auf ein anderes Subject hinübergeleitet werde, so dass, vom Wechsel der Subjecte abgesehen, das Recht des Auctors und Successors in unbedingter Identität verharre, oder m. a. W. ein und dasselbe Recht successiv mehreren Subjecten zustehe — stellt bekanntlich Kuntze (die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts p. 56 ff.) den Satz auf, es liege eben aus dem Grunde, weil ein Wechsel der Subjecte eingetreten, eine Identität der Rechte nicht vor, welchen Satz er in ausführlicher Entwicklung aus dem angeblich aus der inneren Natur der Rechte sich ergebenden logischen Postulat ableitet, dass die subjective Beziehung als formales Element der Individualisirung eines Rechtsverhältnisses wesentlich sei, wie auch in der sichtbaren Welt jedes individuelle Ding, jede Species aus Form und Stoff bestehe und trotz völliger Identität des Stoffes durch Aufprägung einer neuen Form zu einem neuen Dinge werde. Durch diese Anwendung der Specificationslehre auf den Begriff der Succession gelangt Kuntze zu dem Resultat, dass das Recht des Successors dem Stoff nach allerdings mit dem des Auctors identisch, der Form nach aber verschieden, mithin, da die Form ebenso wesentlich wie die Materie, überhaupt ein anderes Recht sei. „Es erscheint," sagt Kuntze wörtlich*), „das folgende Recht, weil angefüllt mit dem dem früheren entnommenen Stoffe, und durch dessen Herbeiziehung constituirt, als ein aus jenem abgeleitetes, aus ihm hervorgehendes, herauswachsendes Recht" — — — — — — — — — — — —
Diese Transsubstantiation oder Specification, diese stoffliche Ableitung, dieses innerliche, organische Herauswachsen ist die Natur, der physiologische Kernpunkt der Singularsuccession.**)

*) A. a. O. p. 61.

**) Vergl. gegen Kuntze: Windscheid, Die actio des Römischen Civilrechts p. 154 ff.

Von einem ganz anderen Standpunkte ausgehend gelangt Brinz*) zu einer Begriffsbestimmung der Singular-Succession, welche der Sache und theilweise sogar dem Ausdruck nach mit der Kuntze'schen sehr nahe zusammentrifft. Während Kuntze seine Theorie aus der Analogie natürlicher Vorgänge entwickelt, stellt sich Brinz auf den Boden des republikanisch-römischen Staatsrechts und nimmt zum Ausgangspunkte jenes uralte politische Dogma, nach welchem dem mit dem höchsten Imperium bekleideten Magistrate das ausschliessliche Recht zustand, diese Herrschergewalt auf eine andere Person hinüberzuleiten, m. a. W., seinen Amtsnachfolger, beziehungsweise Collegen zu machen oder zu schaffen — ein Vorgang, den die römischen Staatsrechtskundigen mit den hier technischen Worten facere und creare bezeichneten. **)

In dieser publicistischen Creatio des Magistrates durch den Magistrat sieht nun Brinz den eigentlichen Kern auch der privatrechtlichen Singular-Succession, deren Begriff ihm die Worte Wiedergeburt, Fortpflanzung, Weiterzeugung näher zu kommen scheinen, als das Wort Succession selbst. Trotzdem dass, wie gesagt, diese Ausdrücke mit den von Kuntze gebrauchten fast wörtlich übereinstimmen, und Brinz selbst (S. 32 oben) die Ueberzeugung ausspricht, im Wesentlichen mit Kuntze zusammentreffen, gibt doch der historische Gesichtspunkt, welchem derselbe seine Auffassung des Successions-Gedankens unterstellt, derselben einen so eigenthümlichen Charakter, dass es sich der Mühe wohl lohnen wird, diese. von Brinz mehr angedeutete als entwickelte Creations-Theorie etwas näher zu beleuchten und ihre Begründung sorgfältiger zu prüfen.

*) A. a. O. p. 32.

**) Vergl. Th. Mommsen, Röm. Staatsrecht B. I. p. 157. Rubino, Untersuchungen p. 15 ff. Schwegler, Röm. Geschichte III, 143. L. Lange, Röm. Alterthümer I. p 510 ff. Puntschart, Die Entwicklung des grundgesetzl. Civilrechts etc. p. 103.

Dem staatsrechtlichen Princip, von welchem diese Theorie ihren Ausgang nimmt, ist es unmöglich einen klareren und schärferen Ausdruck zu geben, als es von Mommsen (Römisches Staatsrecht p. 157) mit folgenden Worten geschieht: „Zu den wesentlichsten Eigenschaften des römischen Imperium und zugleich zu den schärfsten Unterscheidungsmomenten desselben von den Competenzen der Unterbeamten gehört das Recht, das Imperium und die Beamtengewalt überhaupt weiter zu verleihen. Die Ersetzung und die Vertretung des Unterbeamten ist nicht dessen Sache, sondern Sache des Oberbeamten; ebenso bestellt dieser dem Unterbeamten die Gehülfen, so viel er deren bedarf. Dagegen liegt in dem Imperium nothwendiger Weise die Autarkie; es überträgt sich selbst, es ergänzt sich selbst — es sorgt selber für seine Vertretung und bestellt sich selber die Gehülfen.“ Soweit Mommsen.

Fragen wir nun nach dem inneren Grunde dieses merkwürdigen, zu den Fundamentalsätzen der republikanischen Verfassung gehörigen Dogma's, so versteht sich von selbst, dass wir die Antwort nicht darin werden finden können, dasselbe sei der Ausfluss einer auf reflectirtem Bewusstsein ruhenden Staatsraison. Vielmehr muss dieses Princip, wie die übrigen organischen Fundamente des öffentlichen Rechts als das Product einer dem römischen Staats- und Rechts-Sinn immanenten Opinio necessitatis aufgefasst werden. Es ist der jedem politisch begabten Volke als eine Art von rechtlichem Gewissen inwohnende Gedanke der Rechts-Continuität, welcher in dem fraglichen Dogma seinen prägnantesten Ausdruck gefunden hat. Das Imperium ist diejenige Gewalt, welche den Staat geschaffen hat und welche ihn zusammenhält, ohne welche derselbe nicht einen Augenblick bestehen kann. Daher denn nach dem Tode des Rex das Imperium sich sofort auf den Interrex devolvirte, welcher dann kraft dieses auf ihn hinübergeleiteten Imperium den

neuen lebenslänglichen Träger desselben zu creiren, d. h. nach Vornahme der üblichen Verhandlungen mit Senat und populus zu ernennen hatte. Nach Abschaffung des Regnum ging dieser Grundsatz unverändert ins republikanische Staatsrecht über, nur mit dem Unterschiede, dass es der Vermittlung des interregnum regelmässig nicht mehr bedurfte, vielmehr die Träger des höchsten Amtes vor ihrer Niederlegung desselben das zur Creation des Nachfolgers Erforderliche vornahmen,*) welches in dem agere cum populo in den Comitien und in der Renuntiation der erwählten Consuln bestand.

Durch diese unmittelbare Hinüberleitung des Imperium von einem Träger auf den andern, so dass vom ersten Träger, der zugleich der Schöpfer des Staates und damit der Staatsgewalt war, bis auf den gegenwärtigen eine ununter-, brochene Kette von Imperatoren bestand, wird, wie gesagt, dem Gedanken der Continuität und Einheit des höchsten im Staate möglichen Rechtes, von dessen von allen Zufälligkeiten unberührter Dauer und Allgegenwart der Bestand des Staates abhängig war, der möglichst kategorische Ausdruck gegeben. Nach römischem Staatsrecht gab es genau genommen kein Mittel, die Kette, wenn einmal eine Unterbrechung eingetreten wäre, wieder anzuknüpfen; der Staat hätte von Neuem geschaffen werden müssen. Da nun bekanntlich bei dem Römischen Volke das jus publicum und das jus privatum keineswegs von heterogenen Gedanken beherrscht wurden, vielmehr von einen und demselben Geist durchdrungen, und, wie man es ausgedrückt hat, aus Einem Guss waren, so lässt sich wohl erwarten, dass auch in der Sphäre des Privatrechtes das Princip der Rechtscontinuität in analoger Weise zur Geltung gebracht sein werde. Mag

*) Wie es zu erklären, dass nicht der König, wohl aber die Consuln einen nicht sogleich, sondern erst in Zukunft wirkenden Creationsact vorzunehmen im Stande waren, darüber vergl. Mommsen a. a. O. p. 159.

nun die Meinung bedeutender Forscher*), dass die regia potestas in ihrem Wesen nichts anders als eine Nachbildung der privatrechtlichen Gewalt des Familienhauptes sei, sich halten lassen oder nicht, unverkennbar waltet in der Familie wie im Staate der Gedanke, dass die Macht des paterfamilias das die einzelnen Glieder der Familie zusammenhaltende Princip bildet. Da aber der Bestand der Familie gerade wie derjenige des Staates nach römischer Anschauung auf einer höheren Nothwendigkeit beruht, so hat der Gedanke der Rechtscontinuität zunächst in der hereditas seinen privatrechtlichen Ausdruck gefunden. Hiernach ist der paterfamilias auf zwiefache Art Creator seiner Rechtsnachfolgeschaft — einmal, indem er sich in rechtmässiger Ehe sui heredes zeugt — sodann, indem er durch ein dem agere cum populo des Magistrates nachgebildetes Verfahren aus freier Wahl sich denjenigen ernennt, auf welchen er seine Herrschaftsrechte, soweit dieselben mit dem Tode nicht erlöschen, hinübergeleitet wissen will. Die Testamentserrichtung ist ein so ausgeprägter Creations-Act, wie nur die magistratische Ernennung des Nachfolgers es sein kann.

Nicht minder aber muss es als ein solcher angesehen werden, wenn der paterfamilias über ein einzelnes seiner privatrechtlichen Herrschaft untergehöriges Object einen andern durch das commercium mit ihm verbundenen Person diejenige rechtliche Macht verschaffte, deren Träger er bis dahin selber war. Auch auf diesem Gebiete des alt quiritischen Verkehrs ist der Gedanke der Rechtscontinuität nicht zu verkennen. Wie aus dem Consul der Consul, wie aus dem herus der heres, so wächst durch Vermittlung der quiritischen Rechtsgeschäfte aus dem meum esse das tuum esse ex jure Quiritium hervor. Der mancipirende und in jure

*) S. namentl. L. Lange, Röm. Alterthümer I. p. 205 (1. Aufl.), 269 ff. (2. Aufl.). — A. M. Puntschart a. a. O. p. 2 f. und dort Citirte.

cedirende Eigenthümer verhält sich zur res privata wie Rex oder Consul zur res publica. Er creirt dem Empfänger nicht etwa dominium — denn dies ist wie das Imperium durch den Staatsgründer eine vom jus Quiritium ein für allemal geschaffene unveränderliche Substanz — er creirt vielmehr dem Rechte einen andern Träger, der nur durch diesen Creationsact zu solcher Trägerschaft gelangen konnte. Denn das allerdings in die Rechtscontinuität einen Bruch ermöglichende Usucapionsrecht ist eben auch ein Bruch im altquiritischen Rechtsbewusstsein — eine durch positive Satzung und auf Reflexion gegründete Beliebung, aus Utilitäts-Rücksichten eingeführte Neuerung, als welche sie sich im lebhaftesten Andenken der Rechtskenner und Rechtslehrer erhalten hat (Vgl. Gaius in L. 1 D. de usurp.: bono publico usucapio introducta est etc.).

Aber gerade durch den Gegensatz mit diesem schon durch den Namen „usucapio", den usus, und nach dem Ausdruck des Gesetzes die Zeit (biennium — annus) als das rechtserzeugende Moment hinstellendem Institute tritt in den quiritischen Geschäften der Veräussernde als Creator der neuen Trägerschaft des Rechtes um so schärfer hervor. Man wende nicht ein, dass bei den quiritischen Uebertragungsgeschäften sich ja der Uebertragende äusserlich passiv, nur der Uebernehmende redend und thätig verhalte. Der erstere ist trotz seiner scheinbaren Passivität doch der Urheber und Beherrscher des ganzen Actes. Er ist es, der die Anstalten zu treffen, die Zeugen herbeizurufen, durch seine eigene Gegenwart den Act möglich zu machen hat. Er ist es, der die lex mancipii dictirt, d. h. dem von ihm zu schaffenden Rechte den Umfang und die Schranke anweist. Er ist der Auctor des neuen Rechtsverhältnisses, was nur ein anderer Ausdruck für Creator ist. Aber freilich ist dieser Schöpfungsact in derselben Weise bedingt durch Beobachtung der vorgeschriebenen Form, wozu auch die Mitwirkung des Em-

pfängers gehört, wie die Creation des Magistrates bedingt war durch die Wahl auf den abgehaltenen Comitien.

Auf die Symbolik der quiritischen Geschäfte hier näher einzugehen, kann nicht unsere Absicht sein.

Selbst wenn die hier angedeutete Analogie der privatrechtlichen Rechtsübertragung mit dem staatsrechtlichen Creationsprincip ein blosses Hirngespinnst wäre, würden wir uns doch zu der Meinung bekennen, dass durch die von Brinz proponirte Formulirung dasjenige, was bei der Singularsuccession vorgeht, näher dem Kerne getroffen wird, als durch irgend eine andere. Die herkömmliche Vorstellung von der Succession scheint uns durch Kuntze siegreich widerlegt zu sein. Kuntze's eigener Auffassung aber scheint uns entgegenzustehen, dass im Rechte sich Form und Stoff nicht in gleicher Weise unterscheiden lassen, wie bei sichtbaren Objecten, und wenn dies auch der Fall wäre, so würde jede Umformung (Specification) eines Rechtes, da Inhalt und Form demselben gleich wesentlich sind, eben dessen Untergang herbeiführen, während der Successionsbegriff gerade die Continuität zu vermitteln bestimmt ist. Ueberall wird im positiven Recht das Recht des Successors als ein dem Inhalt und der Form nach mit dem des Auctors identisches angesehen. Dies findet durch die Creations-Theorie seine genügende Erklärung. Das dem Successor erworbene (subjective) Recht ist nach dieser Theorie allerdings ein neugeschaffenes — aber nicht durch Umarbeitung des Stoffes in eine neue Form, sondern indem der Auctor den höchsten Ausübungsact seines Rechtes vornahm, welcher eben der ist, um dem Inhalt und der Form nach identisches Recht einem Andern schaffen zu können.

Indem nun Brinz diese Theorie auf den Besitz anwendet, gelangt er zu jener oben erwähnten Unterscheidung, die wir aber hier mit seinen eigenen Worten wiederzugeben uns nicht enthalten können: „Wo res tradirt wird," heisst

es a. a. O. p. 55, „ist der Besitz nicht Gegenstand der Tradition, sondern Besitzergreifung mittelst des Empfanges; der Empfänger ergreift, wenn wir uns genauer ausdrücken, nicht den Besitz, sondern die Sache; den Besitz erzeugt er erst, indem er die Sache mit dem animus sibi habendi ergreift. Insoweit haben alle Recht, die da sagen, dass der Besitzerwerb aus Tradition so einseitig, so originär sei, als der aus Occupation. Allein anders verhält sich die Sache, wenn eigens und blos possessio tradirt wird. Hier werden wir der possessio als Gegenstand der Tradition denken müssen; während dort der Empfänger mittelst Besitzergreifung die Sache empfängt, empfängt er hier durch Inhandnahme der Sache den Besitz; der Besitz wird hier durch Sachergreifung nicht erst erzeugt, sondern nur übernommen, er steht vor und über der Sachergreifung da. Ist aber der Besitz einmal Gegenstand der Tradition, gleich res, dominium, so sieht man nicht mehr ein, warum gerade bei ihm die Tradition stillstehen und aufhören sollte, derivativ zu sein."

Hier wird also ein Besitz, den sich der Erwerber selbst erzeugt, einem anderen, den der Tradent erzeugt hat, und der vom Empfänger blos übernommen ist, scharf entgegengesetzt. Um ersteren handelt es sich bei rei, um letzteren bei possessionis traditio. Letztere steht als etwas vom Tradenten Erzeugtes vor und über der Sachergreifung da, ist im Gegensatz zur Sache unmittelbares Object der Tradition und desshalb den Regeln des derivativen Erwerbs unterworfen.

Wir stehen hier vor einer durchaus eigenthümlichen Auffassung, welche jedes Verbindungsgliedes mit der herkömmlichen Doctrin zu entbehren scheint.

Das spröde Verhalten, welches die Kritik den Brinz'schen Sätzen gegenüber bisher einstimmig beobachtet hat, ist daher nicht allzu befremdlich.

Einer eingehenden Prüfung haben sich die Schriftsteller, die auf die Sache zu reden gekommen sind, enthalten zu können geglaubt.

Was insbesondere Hermann Witte (Giesser Zeitschrift Bd. XVIII. S. 238) und Vangerow (Anm. zu §. 202 der Zeitschr. d. Pand. 7. Ausg. S. 361) gegen Brinz vorbringen, kann weniger eine Widerlegung als eine Abtrumpfung genannt werden. *)

Eine freilich sehr bedingte Anerkennung zollt Rudorff (in seiner Ausgabe von Savigny's Besitz im Anhang S. 572) der Brinz'schen Theorie, indem er ihr wenigstens ein „wahres Element" zuerkennt, trotzdem aber dasjenige, was den eigentlichen Kern des von Brinz ausgesprochenen Gedankens bildet, die Succession im Falle von possessionis traditio, so entschieden wie die übrigen Gegner läugnet.

Wenn Windscheid (Pandecten I. §. 153 Anm. 6) bemerkt, „es sei Brinz nicht gelungen, begreiflich zu machen, warum derjenige, welchem eine Sache von einem Andern übergeben worden ist, genöthigt sei, sich auf die Tradition zu berufen, und sich demnach die Fehler der Tradition anrechnen zu lassen — warum er nicht einfach dabei stehen bleiben könne, dass er die Sache doch einmal habe und haben wolle," so ist mit diesen Worten dem Widerstand des sich im Besitze wissenden herrschenden Dogmas der schärfste und präciseste Ausdruck gegeben.

Allerdings mag Windsheid Recht haben, wenn er zugleich meint, über den inneren Grund der verschiedenen Behandlung von possessionis und rei traditio sei Brinz etwas kurz weggegangen.

---

*) Denn eine auf Analyse von Quellenaussprüchen gegründete Ansicht lässt sich widerlegen nur durch Gegen-Analyse der nämlichen Gesetze. Die blosse Behauptung, dieselben seien missverstanden oder enthielten etwas anderes, ist etwas, was in der juristischen Polemik nicht vorkommen sollte.

Auch uns scheint in der Brinz'schen Deduction ein Mittelglied zu fehlen, durch welches erklärt wird, warum, wenn es sich um „possessionis traditio" handelt, der animus sibi habendi nicht im Stande sein soll, das vorausgesetzte factische Haben der Sache zum juristischen Besitz zu erheben.

Sollte sich aber dieser vermittelnde Gedanke nicht vielleicht zwischen den Zeilen lesen lassen?

Wenn nämlich Brinz sagt, der Besitz werde durch Sachergreifung nicht erst erzeugt, sondern nur übernommen, so scheint er damit dem Apprehensionsacte bei possessionis traditio nicht die Bedeutung einer Handlung beizulegen, durch welche der animus rem sibi habendi manifestirt und verkörpert wird, sondern lediglich einer solchen, durch welche der durch einen juristischen Act zum besonderen Rechtsobject gewordene Besitz dem Rechts- und Macht-Kreise des Empfängers definitiv zu eigen wird.

Da sich also in dem genannten Act gar nicht der unbedingte Wille ausspricht, die Sache für sich zu haben, sondern nur den Besitz derselben, als ein besonderes Object gedacht, sich zu eigen zu machen, dies Zueigenmachen aber nur möglich ist, wenn derjenige Act, durch welchen der Besitz als selbstständiges Object erzeugt wurde, ein giltiger war, so würde der Apprehendent mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn er den durch seine Theilnahme am Traditionsacte erklärten Willen, den durch diesen Act erzeugten Besitz zu übernehmen, dem andern substituiren wollte, sich durch eigene That einseitig der Sache zu bemächtigen. Man könnte nun aber sagen, der Apprehendent könne die Ungiltigkeit das Traditionsactes dadurch unschädlich machen, dass er wenigstens nachträglich den Willen fasse, die Sache, die er factisch in Händen hat, ohne Rücksicht auf den früheren Besitzer und Tradenten zu besitzen. Aber dieser Velleität würde unseres Erachtens der Satz:

nemo sibi causam possessionis mutare potest entgegenstehen, insofern sich der Wille, indem er den Besitz nicht anders als einen ihm vom Tradenten überlassenen erwerben zu wollen erklärte, eine bestimmte causa gesetzt und an diese sich gebunden hat, so dass ein Abspringen des Willens von dieser Richtung eine Aenderung der causa enthalten, mithin so wenig juristische Bedeutung haben würde, wie der einseitige Wille eines Stellvertreters, fortan im eigenen Namen zu besitzen. *)

Wir wissen zwar nicht, ob Brinz sich die Sache wirklich in dieser Weise gedacht hat. Aber wir kennen keinen anderen Weg, auf welchem dem von Windscheid erhobenen Bedenken begegnet werden könnte. Demjenigen freilich, der sich von der Vorstellung nicht los machen kann, der factisch vorhandene Besitzwille sei unter allen Umständen auch ein juristisch in Betracht kommender und anzuerkennender Wille, wird die Ueberzeugung von der Richtigkeit dieser Deduction niemals beizubringen sein.

Aber freilich ist damit, dass eine Ansicht juristisch möglich ist, noch nicht gesagt, dass sie in den Quellen des positiven Rechts begründet sei.

Wie schon oben bemerkt wurde, gelangt Brinz zu seiner Theorie nicht sowohl durch eine Analyse von innen heraus, als vielmehr auf exegetischem Wege, indem er in gewissen Quellenaussprüchen den unverkennbaren Ausdruck der Anerkennung eines derivativen Besitzerwerbs findet, **) wohingegen aus anderen Stellen hervorgeht, dass zur Ersitzung des Eigenthums auch ein solcher Besitz genügt, der durch Tradition von einem Nichtbesitzer oder sonst durch einen mangelhaften Traditionsact erworben ist. Diese letzteren Stellen bezieht Brinz auf rei traditio, und gelangt hier-

*) Vergl. Schirmer, Giesser Zeitschrift XI. p. 433, 435, 440.

**) Hauptsächlich L. 33 und L. 34 D. de poss., von welchen Stellen sub II. §. 6 und 8 ausführlich gehandelt werden wird.

durch zur Annahme der verschiedenen Behandlung von possessionis und rei traditio.

Dieser Beweis aber würde nur dann vollkommen schlüssig sein, wenn von den Stellen der ersteren Art keine von einem solchen Besitze handelte, der erworben wird, um zum Eigenthum der Sache oder mindestens zur conditio usucapiendi zu gelangen.

Nun aber reden mehrere dieser Stellen (L. 33 D. de poss., L. 5 C. de poss.) ausdrücklich von Traditionen, denen ein Kaufgeschäft zu Grunde liegt, Traditionen, die sonst in den Quellen wiederholt als rei traditiones bezeichnet werden. (Vergl. L. 11 § 2 D. a. e. v.) Wie es sich denn nicht läugnen lässt, dass der Käufer, wenn es sich nicht um den seltenen Fall einer possessionis emtio (L. 28 D. de poss.) handelt, die gekaufte Sache stets mit dem animus domini in Besitz nimmt. Daher scheint die von Brinz aufgestellte Unterscheidung gerade in den Fällen, wo der Ausdruck possessionis traditio am häufigsten gebraucht wird, nicht Stich zu halten.

Ueberhaupt ist, wie schon Windscheid (a. a. O.) bemerkt hat, nicht nachzuweisen, dass dem Ausdruck possessionis traditio in den Quellen eine technische Bedeutung zukomme, ja dass derselbe auch nur vorzugsweise für den Vorgang gebraucht werde, welchen Brinz als denjenigen kennzeichnet, bei welchem successio in possessionem stattfinde.

Die Ausdrücke rem tradere und possessionem tradere werden vielmehr in den Quellen in buntester Abwechslung gebraucht. So oft man durch Vergleichung einer Reihe von Stellen eine Regel gefunden zu haben glaubt, wird dieser Schein durch andere Stellen, in denen sich für das nämliche Verhältniss der andere Ausdruck angewandt findet, wieder aufgehoben. In vielen Stellen bedeutet possessionis traditio ganz unverkennbar die Uebertragung des Besitzes als solchen, d. h. wo nichts als Besitz übertragen werden soll, wie

z. B. beim precarium: L. 21 D. de poss., beim pignus: L. 37 eod., L. 33 §. 4 de usurp. Genau in den gleichen Fällen ist aber L. 11 §. 12 D. quod vi aut clam (beim precarium) und L. 36 D. de poss., L. 238 §. 2 D. de V. S. (beim pignus) von rei traditio die Rede. Auf der anderen Seite wird possessionem tradere sehr häufig gebraucht, wo es sich um Verschaffung des Eigenthums mittelst Besitzübertragung handelt, wenn nämlich tradirt wird auf den Grund einer auf Ueberlassung der Sache als solcher gerichteten causa, sei es die Schenkung, wie in L. 77 D. de R. V., L. 48 D. de poss., L. 5 §. 2 D. de doli mali exc., oder der Kauf: wie L. 9 §. 6 D. de publ. i. r. a., L. 78 D. de c. e., L. 3 pr., L. 11 §. 8., L. 48 D. de a. e. v., L. 16 §. 1, L. 18 §. 1 D. de usurp., L. 18 §. 8, L. 38 D. de damn. inf., L. 7 §. 2 D. pro emtore, L. 12 D. de vi — u. a. m.

Mehr als einmal kommen in der nämlichen Stelle beide Ausdrücke abwechselnd vor, wie in L. 9 §. 6. de publ. i. r. a., L. 1 §. 5 D. de exc. r. v. et trad., L. 26 pr. D. de don. i. vir et ux. Vergl. auch L. 11 §. 2 und §. 8 D. de a. e. v.

Durch die Wahrnehmung, dass bei weitem die meisten Stellen, in denen possessionis traditio vorkommt, von unbeweglichen Sachen reden, könnte man auf die Vermuthung kommen, der Ausdruck sei für Immobilien der technische.

Aber auch das schlägt nicht durch. Nicht allein, dass wiederholt von fundus traditus gesprochen wird (L. 20 §. 1 D. de a. r. d, L. 36 pr. D. de poss.), sondern, gesetzt auch, dass die Stellen, in denen von res im Allgemeinen die Rede ist, als stillschweigend auf Grundstücke sich beziehend, angenommen werden könnten, so gibt es andere (L. 76 D. de c. e., L. 4 §. 1 D. de usurp.), in welchen possessionis traditio entschieden auf Mobilien bezogen wird.

Unter solchen Umständen scheint man allerdings darauf verzichten zu müssen, den fraglichen Sprachgebrauch auf

eine feste mit Consequenz und Bewusstsein durchgeführte Regel zurückzuführen.

Wir müssen vielmehr unsere Ueberzeugung dahin aussprechen, dass wir eine possessionis traditio in dem Sinne, wie sie von Brinz aufgestellt wird, in den Quellen als technischen Begriff nicht aufzufinden vermögen.

Nichtsdestoweniger halten wir den Grundgedanken der Brinz'schen Theorie für einen richtigen und für die Vertiefung der Einsicht in die römische Besitzlehre höchst bedeutsamen.

Auch wir sind der Ansicht, dass es Quellen-Aussprüche gibt, und darunter in erster Reihe die von Brinz angeführten, die nicht anders als unter der Voraussetzung verstanden werden können, als dass unter gewissen Umständen der Besitzerwerb den Grundsätzen des Successionsbegriffs unterworfen ist.

Nur die Frage, welches diese Umstände seien, glauben wir in anderer Weise, als von Brinz geschehen, beantworten zu müssen.

In welcher Weise? und aus welchen Gründen? wird in den nachfolgenden Blättern auszuführen versucht werden.

II. Die „vacuae possessionis traditio."

§. 1.

Während, wie im vorigen Abschnitt gezeigt wurde, die Ausdrücke possessionem tradere und rem tradere in zu wenig consequenter Abwechselung gebraucht werden, als dass man ein durchgreifendes Princip in der Wahl des einen oder des andern nachzuweisen vermöchte, scheint es mit einer anderen ähnlichen und gewöhnlich mit possessionem tradere für synonym gehaltenen Terminologie eine andere Bewandtniss zu haben.

Es ist der Ausdruck vacuam possesionem tradere mit den gleich bedeutenden Wendungen: in vacuam possessionem mittere, inducere, ire jubere.

Diese Wortverbindungen scheinen technische Bezeichnungen für einen juristischen Act zu sein, der von der Uebergabe der Sache, mag sie als rei oder possessionis traditio bezeichnet sein, wesentlich verschieden ist.

Um diesen Anschein vorerst nur im Allgemeinen zu rechtfertigen, wird eine Zusammenstellung der wichtigsten Quellenaussprüche, die sich dieser Ausdrücke bedienen, nicht überflüssig sein.

1. L. 52 §. 1 D. de V. O. (Ulp). Si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum. (Vgl. L. 75 §. 7 eod.)

2. L. 34 pr. D. de poss. (Ulp.) Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem.

(Ueber diese Stelle unten §. 8 ausführlich.)

3. L. 68 § 2 D. de c. e. (Proculus.) Nec videtur (dolus) abesse, si per eum (venditorem) factum est, aut fiet, quominus emtor fundum possideat; erit ergo ex emto actio, non ut venditor vacuam possessionem tradat, cum multis modus accidere poterit ne tradere possit, sed ut si quid dolo malo fecit, aut facit, dolus malus ejus aestimaretur. (Vgl. mit L. 11 §. 2 D. de a. e. v.)

4. L. 78 §. 1 D. eod. (Labeo.) Fundum ab eo emisti, cujus filii tutelam administraus, nec vacuam (so Mommsen. Florent. nequaquam) accepisti possessionem. Dixi tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia ejus decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem. (Wäre vacua possessio schon bei Lebzeiten des Verkäufers tradirt, so würde es einer so umständlichen Manipulation nicht bedürfen.)

5. L. 2 §. 1 D. de a. e. v. (Paulus.) Vacua possessio emtori tradita non intelligitur, si alius in ea legatorum fideivecommissorum causa in possessionem est, aut creditores bona possideant. (Trotz Uebergabe der Sache ist also keineswegs immer vac. poss. tradit. S. unten.)

6. L. 3 §. 1 D. eod. (Pomp.) Sie emtor vacuam possessionem tradi stipulatus sit, et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem: quia et qui fundum dari stipulatur, vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligitur. Vgl. mit:

7. L. 4 pr. D. de usur. (Papin.) ..... verum si emtor a venditore novandi animo ita (v. p. trad.) stipulatus est, factum tradendi stipulatus intelligitur, quia non est verisimile, plus venditorem promisisse, quam judicio

emti praestare compelleretur, sed tamen propter illa verba: vacuamque possessionem tradi, potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione.

(Ueber das Verhältniss von 6 und 7 vgl. unten §. 3 das Nähere.)

8. L. 48 D. de a. c. v. (Scaevola.) Titius, heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: fundus Semproni-anus, quidquid Sempronii juris fuit, erit tibi emtus tot nummis: vacuamque possessionem tradidit, neque fines ejus demonstravit.

(Vac. poss. traditio kann hier, weil es sich um ein Grundstück von ungewisser Begrenzung handelt, nicht wohl die körperliche Uebergabe bedeuten.)

9. L. 18 §. 2 D. de poss. (Celsus.) — — si vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat.

(Hier soll gezeigt werden, wie vacuam possessionis traditio und körperliche Uebergabe in einen und denselben Moment zusammenfallen können.)

10. L. 33 D. eod. (Pomp.) Fundi venditor, etiam si mandaverit alicui, ut emtorem in vacuam possessionem induceret: priusquam id fieret non recte emtor per se in possessionem veniet.

(Hierüber unten §. 5 ausführlich.)

11. C. 12 C. de cont. emt. (Diocl. & Maxim.) Non idcico emtio minus perfecta est, quod emtor fidejussorem non accepit vel instrumenta testationis vacuae possessionis omissum est etc.

12. C. 2 C. de poss. (Alexander.) Minus instructus est, qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuam possessionem ejus, quod per procuratorem emisti, non sis instructus, quum ipse proponas te diu in possessione ejus fuisse, omniaque ut dominum gesisse. Licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit pos-

sessio, ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti.

(Nach 11 und 12 ersetzt körperliche Besitzergreifung, wenn sie mit dem Willen des Verkäufers Statt gefunden hat, die urkundliche vacuae possessionis traditio.)

§. 2.

Aus der Vergleichung dieser Stellen ergibt sich, wie uns scheint, die Vermuthung, dass, wenn Jemandem die Verpflichtung vacuam possessionem zu tradiren, obliegt, diese Verpflichtung, einen anderen Inhalt habe, als wenn es sich einfach darum handelte, possessionem oder rem zu tradiren.

Diese Vermuthung ist durch Betrachtung einzelner Stellen näher zu begründen.

Nach L. 3 §. 1 D. de a. e. v. (6) kann es vorkommen, dass der Käufer mit dem Verkäufer eine Stipulation eingeht, in welcher er sich von Letzterem vacuam possessionem dari promittiren lässt.

Nun geht aber die Verpflichtung, welche dem Verkäufer aus dem Kaufe selbstverständlich obliegt, auf Tradition des Kaufobjects (L. 11 §. 2 D. de a. e. v.: et inprimis ipsam rem venditorem praestare oportet, id est tradere).

Es lässt sich nun gewiss nicht annehmen, dass eine eigene Stipulation hinzugefügt wurde, die gar keinen andern Inhalt hätte, als dasjenige, wozu der Verkäufer schon ex vendito verpflichtet ist, um so mehr als durch die Worte von L. 3 cit. (sed ex emto superesse ad fructuum praestationem) ausdrücklich die Annahme einer Novation ausgeschlossen wird.

Dazu kommt, dass in einer anderen Stelle L. 68 D.

de c. e. (3) mit ausdrücklichen Worten gesagt wird, die ex emto actio gehe nicht auf vacuae possessionis traditio.

Ueberall daher, wo vacuae poss. trad. auf den Grund eines Kaufes vorkommt (wie in 4. 5. 8. 9. 10), muss angenommen werden, dass der Verkäufer diese Verpflichtung ausdrücklich übernommen hatte, sei es durch eine Stipulation oder durch ein pactum adjectum.

Allerdings scheint aber ein auf vacuam possessionem tradere gehender Zusatz, mindestens in späterer Zeit, zu den herkömmlichen und stereotypen Clauseln der Kaufformulare und Kaufinstrumente, namentlich bei unbeweglichen Sachen, gehört zu haben.

Darauf weisen u. A. die beiden oben unter 11. 12. abgedruckten Rescripte von Diocletian-Maximian und Alexander hin, da beide darauf gerichtet sind, einen Käufer wahrscheinlich von Immobilien zu beruhigen, der sich darüber Sorge gemacht hatte, dass in seinem Kaufinstrumente die auf vacuae possesssionis traditio gerichtete Clausel fehle Die Käufer erklären, dass der factische Besitz, wenn er nur mit Wissen und Willen des Verkäufers erworben sei, die genannte Clausel vollständig ersetze.

Und hier sind ganz besonders die Endworte des zweiten Rescripts (L. 2 C. de poss.) bemerkenswerth (licet enim instrumento non sit comprehensum quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen rei veritate id consecutus es etc.), weil in diesen die rei veritas, der wirkliche Besitz, entgegengesetzt wird der im Instrumente bezeugten vacuae possessionis traditio. Denn hieraus ergibt sich, dass die Clausel, es sei vacua possessio tradirt, im Kaufdocument enthalten sein konnte, ohne dass eine körperliche Uebergabe des Grundstückes stattgefunden hatte.*)

*) Vgl. Rudorff ältere Zeitschrift für gesch. R W. Bd. XIII. S. 189, 190.

Von Schenkungen gilt natürlich das Gleiche, und ohne Zweifel ist der in L. 48. D. de poss. erwähnte Schenkbrief von einer vacuae possessionis traditio zu verstehen, obgleich das Wort vacua, weil gerade hier nichts darauf ankam, ausgelassen ist.

Von ganz besonderem Interesse sind aber hier jene drei uns bekanntlich im Originale enthaltene Schenkungsurkunden *), in welchen die Mancipation der geschenkten Grundstücke nebst der vacuae possessionis traditio bezeugt wird, nämlich:

1) Die donatio Flavii Syntrophi (im 2. oder 3. Jahrh. p Chr.), in welcher die bezüglichen Worte so lauten: et in vacuam possessionen hortorum, qui supra scripti sunt ex causa supra scripta ire aut mittere jussit T. Flavius Synthropus T. Flavium Aithalem libertum, seque inde excessisse desisseque possidere dixit.

2) Die donatio Artemidori (174 p. Chr.), wo es heisst: inque vacuam possessionem earum ollarum et cinerariorum T. Flavius Artemidorus Herennio Agricolae ire aut mittère ossaque inferre permisit.

3) Die donatio Statiae Irenes (252 p. Chr.) wo die Worte lauten: inque vacuam possessionem monumenti supra scripti cessit et ad id monumentum itum aditum ambitum, aquae haustum, coronare, vesci, mortuum mortuas mortuosve ossa inferre ut liceat.

Aus diesen Urkunden geht mit voller Bestimmtheit hervor, dass dieselben nicht sowohl Zeugnisse einer früher vorgenommenen vacuae possessionis traditio vorstellten, sondern dass vielmehr das mit dieser Clausel ausgestattete Instrument nichts anderes als die vacuae possessionis traditio selbst war. Wer ein derartiges Instrument produciren konnte,

*) Bruns fontes juris Romani antiqui ed II. p. 132 ff.

dem war vacua possessio tradirt — ganz analog wie in späterer Zeit die Stipulationsurkunden an die Stelle der Stipulationen selbst traten.

Nicht zu übersehen ist es übrigens, dass die vacuae possessionis traditio zu einer geschehenen Mancipation hinzutritt, woraus sich für die Interpretation mancher Pandectenstellen, in welchen aus leicht begreiflichen Gründen der Mancipation keine Erwähnung geschieht, Schlüsse ziehen lassen.*)

§. 3.

Von der Stipulation, die auf vacuam possessionem tradi geht, wird in L. 52 D. de V. O. (1) gesagt, dass sie zum Inhalt nicht ein nudum factum, sondern causam bonorum habe.

Allerdings wird die nämliche Stipulation L. 75 §. 7 eod. denjenigen Stipulationen beigezählt, die auf ein facere gehen, und aus diesem Gesichtspunkte wird die stip. vac. poss. tradi an dieser Stelle mit den stipp. fossam fodiri, domum aedificari u. dgl. m. in eine und dieselbe Gruppe gewiesen.

Darin liegt selbstverständlich kein Widerspruch. Dass die stipul. vac. poss. tradi ein factum zum Gegenstande habe,

*) Ueber diejenigen uns im Original erhaltenen Geschäftsurkunden, in welchen die Rechtsurkunde (emtio, venditio, permutatio, d natio, fiducia) und das diploma vacuale zwei auch äusserlich getrennte Acte bilden, vgl. Rudorff (ältere) Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, Bd. XIII. p. 189, 190. Von besonderem Interesse sind für uns die Worte: „Alsdann (wenn einmal auf den Grund der Mancipations- und Besitz-Urkunde der Name des neuen Erwerbers in der censualis pagina eingetragen war) galt der Gläubiger (im besondern Fall handelt es sich um fiducia) auch dem Staat und der Gemeinde gegenüber als possessor, zahlte das tributum und war als Grundbesitzer cautionsfrei, während der einfache Faustpfandgläubiger seiner possessio ungeachtet nicht als possessor gilt“ u. s. w.

leugnet auch L. 52 cit. nicht. – Die Stelle sagt nur, dass dieselbe nicht auf ein nudum factum gehe, sondern ausserdem auch causam bonorum zum Inhalt habe.

Dadurch wird also diese Stipulation als eine besonders qualificirte aus der Reihe der auf facere gehenden Stipulationen herausgehoben.

Worin liegt nun dieses Besondere, das als causa bonorum bezeichnet wird? Da sich an jede Handlung, wenn sie überhaupt Gegenstand eines obligatorischen Contractes sein soll, nothwendiger Weise ein Vermögensinteresse knüpfen muss, ein solches Interesse folglich auch den auf nudum facere gehenden Stipulationen zu Grunde liegt, und insbesondere das incertum bildet, auf welches die in L. 75 §. 7 cit. erwähnten Stipulationen gehen, so muss die causa bonorum der stipul. vac. poss. tradi nothwendigerweise etwas von diesem Interesse Verschiedenes sein.

Dass dem wirklich so sei, findet sich ausdrücklich bestätigt in einer Stelle, die von der Schädigung einer Erbschaft durch einen im Testament freigelassenen Sclaven spricht: L. 1 §. 10 D. de eo qui test. liber esse jussus est.

Dort heisst es: plenius causam bonorum hic accipimus pro utilitate. Da also in diesem bestimmten Verhältniss der Begriff causa bonorum erst durch plenior interpretatio, d. h. durch freiere für den Beschädigten vortheilhaftere Auslegung zur Bedeutung von utilitas i. e. Interesse gelangt, so muss derselbe regelmässig, nämlich da, wo für eine solche plenior interpretatio keine Veranlassung vorliegt, in eingeschränkteren Grenzen sich bewegen.

Einen concreteren Anhalt scheint L. 68 D. de legat. II. zu geben in den Worten:

> Sequens questio est, an etiam quae vivus per donationem in uxorem contulit, in fideicommissi petitionem veneant? Respondit ea extra causam bonorum defuncti computari deberi etc. etc.

Die Gattin, welcher ein Universal-Fideicommis auferlegt ist, braucht die ihr vom verstorbenen Gatten geschenkten Sachen nicht herauszugeben, weil diese nicht zur causa bonorum des Erblassers gehören, d. h. nicht in das Vermögen eingerechnet werden, welches die zu restituirende Erbschaft bildet.

Also in causa bonorum befindet sich Alles dasjenige, was dem Complexe der bona, d. i. der Gesammtheit des Vermögens angehört, in dasselbe eingerechnet werden muss, was in Betracht kommt, wenn es sich um die Abschätzung, Berechnung des Vermögens handelt, was ein Vermögensobject, eine res im weiteren Sinne darstellt, Alles, welchem die specifische Qualität, der Charakter von Vermögen zukommt.*)

Dass sie „causam bonorum continet", kann man desshalb nur von einer solchen Stipulation sagen, die ein bonum, d. h. ein Vermögensstück zum unmittelbaren Inhalt hat, durch welche sich der Promissor verpflichtet, ein Werthobject in das Vermögen des Stipulators zu bringen.

Causam bonorum haben alle Stipulationen, die auf Verschaffung des Eigenthumes, eines ususfructus, einer Real-Servitut, einer Befreiung von einer Schuld etc. gehen — denn alle diese sind unmittelbar auf Vermögensobjecte gerichtet.

Obligationen, die auf nudum factum gehen, haben keine causa bonorum; denn obgleich culpose Unterlassung der versprochenen Handlung zu einer Verurtheilung des säumigen Promissors auf das Interesse führen kann, welches der Stipulator an der Vornahme der Handlung hatte, so ist dieses Interesse doch nicht der unmittelbare Gegenstand der Stipulation, es ist vielmehr ein Surrogat desselben, zu dessen Eintritt es erst einer culpa des Schuldners bedarf, hat daher

*) Vergl. Voigt, Die condictiones ob causam p. 28, 29. Schirmer, Giesser Zeitschr. XI. p. 438.

wie jeder Schadenersatz einen an das pönale Moment streifenden Charakter.

Wenn also die stipulatio vacuam poss. tradi als eine solche die causam bonorum continet aus der Reihe der auf facere gehenden Stipulationen hervorgehoben wird, so bedeutet dies so viel, dass vacua possessio als ein Vermögensobject, ein bonum angesehen wird, und als solches mit anderen Vermögensobjecten, als Eigenthum, Servituten, Forderungen etc. gleichen Rang behauptet, eine Auffassung, mit welcher die bekannte Definition des Gallus Aelius bei Festus vollkommen übereinstimmt. *)

Fragen wir nun aber, wie wir uns dies Vermögensobject des näheren zu denken haben, so mag vorbehaltlich weiteren Beweises hierauf vorläufig die Antwort gegeben werden, dass vacua possessio das Recht bedeutet, den Nutzen und Ertrag einer Sache im weitesten Umfange seinem Vermögen, d. h. dem Complex der bona einzurechnen. Derjenige, dem an eine Sache vacua possessio ordnungsmässig tradirt ist, hat Alles, was die Sache wirklich trägt und producirt in bonis, und dieser rechtliche Vortheil wird selbst als ein bonum, ein Vermögensobject angesehen.

Dass diese Antwort nicht etwa eine Hypothese, sondern deiner, wie wir hoffen, unbefangenen Auslegung von Quellenaussprüchen abgewonnen ist, wird sich sogleich zeigen, wenn wir, wie nunmehr geschehen soll, die Papinianische L. 4 pr. D. de usur. (s. S. 19 Nr. 7), deren Schwierigkeiten hinreichend bekannt sind, einer genaueren Analyse unterwerfen. Die Stelle beschäftigt sich mit dem Umfange und der Wirkung der stipulatio rem dari vacuamque possessionem tradi. Den letzteren Worten (inferiora verba) legt Papinian die Wirkung bei, dass mittelst der actio incerti ex stipulatu (condictio

*) Possessio est usus quidam agri aut aedifici non ipse fundus aut ager.

3. Classe nach Savigny) *) alle nach Abschluss der Stipulation erzielten Früchte der Sache gefordert werden können.

Hierin scheint ein Widerspruch zu liegen mit L. 3 §. 1 D. de a. e. v. (N. 6) (quia et qui fundum stipulatur, vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligitur — nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur). der sich aber sofort auflöst durch die Erwägung, dass letztere nur von einer bei der stipulatio rem dari stillschweigend subintelligirten stip. vac. poss. trad. reden, Papinian aber von dem Fall spricht, wo diese Stipulation ausdrücklich hinzugefügt ist. Im Sinne des Pomponius hat sie keine andere Bedeutung, als dass der fundus nicht blos mancipirt, sondern auch tradirt werden soll — gerade aber weil sich dies von selbst versteht, muss die Stipulation als selbstständiger Zusatz auch einen selbstständigen Inhalt haben.

Papinian wirft dann weiter die Frage auf, ob sich die Verpflichtung, den Ertrag der Sache auszuliefern, auch auf den partus ancillae erstrecke, der bekanntlich nicht zu den Früchten im juristischen Sinne gehört.

Dass der partus ancillae nicht etwa schon aus der stipulatio rem dari (propter superiora verba) gefordert werden könne, versteht sich von selbst, man mag nun diese Worte erklären von der blossen Verpflichtung zur Tradition (factum rei promittendi) oder von der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums (effectus per traditionem dominii transferendi) verstehen.

Um zu erklären, was er mit dieser Unterscheidung meine, schaltet Papinian einen nicht streng zur Frage gehörigen Zwischensatz ein:

Es kommt nämlich zuweilen vor, dass sich der Käufer vom Verkäufer rem dari (abgesehen von vac. poss. tradi) promittiren lässt, und zwar novandi animo, um an die Stelle

*) System V. p. 619.

der obligatio ex emto die obligatio ex stipulatu zu setzen. In diesem Falle kann man nicht annehmen, dass dari in der strengjuristischen Bedeutung von Eigenthum übertragen (Vgl. L. 75 §. 10 de V. O.) zu verstehen sei, weil es nicht wahrscheinlich ist, dass der Verkäufer eine intensivere Verpflichtung habe übernehmen wollen, als diejenige, die ihm bei dem Kaufvertrage oblag. Aus letzterem ist er aber nur zur Tradition verpflichtet (L. 11 §. 2 D. de a. e. v.), daher das dari in solchem Falle auch nur das factum tradendi bedeutet.

Wird aber zu der stipulatio rem dari auch noch die stipulatio vacuam possessionem tradi hinzugefügt, so erstreckt sich die Verpflichtung des Schuldners nicht blos auf die Früchte, sondern sogar auf den partus ancillae, weil auch dieser zum Ertrag der Sache im weiteren Sinne gehört (et enim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset).

Damit steht es keineswegs im Widerspruch, wenn es L. 11 §. 2 cit. heisst: si emtor vacuam possessionem tradi stipulatus sit, et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem; denn hier ist wieder nur von der stipulatio vacuam possessionem tradi (ohne rem dari) die Rede, die als Zusatz zum Kaufvertrage, wenn es sich um keine Novation handelt, ebenfalls nicht im streng technischen Sinne gedeutet werden kann (wie im Falle der Novation die stipulatio rem dari), da ja ohnehin schon der Verkäufer ex emto zur Prästation der Früchte verpflichtet ist.

Das Resultat ist dieses: Ueberall, wo die stip. vac. poss. tradi cumulirt ist mit stip. rem dari, muss die erstere in ihrer technischen Bedeutung verstanden werden, in welcher Bedeutung sie causam bonorum continet oder m. a. W. der Promissor hat sich verpflichtet, dem Stipulator ein bonum zu verschaffen, dessen Gehalt im Ertrage der Sache im

weitesten Umfange, also auch mit Einschluss des partus ancillae besteht.

Von grossem Belang in der eben besprochenen Stelle sind die Worte: Sed tamen propter illa verba vacuamque possessionem tradi, weil sie einen directen Beweis für die hier behauptete technische Bedeutung des fraglichen Ausdrucks bilden.

§. 3.

Es sind noch in anderer Beziehung zwischen vacuae possessionis und rei traditio bedeutsame Unterschiede aus den Quellen nachzuweisen.

Wenn Jemand z. B. aus einem Kaufe zur rei traditio verpflichtet ist, so wird diese Verpflichtung als erfüllt angesehen, wenn der Käufer den Besitz der Sache dergestalt erworben hat, dass er im Besitz-Process den Sieg davon tragen muss.

> L. 11 §. 13 D. de a. e. v. Idem Neratius ait, venditorem in re tradenda debere praestare emtori, ut in lite de possessione potior sit: sed Julianus XV. libro digestorum probat, nec videri traditum, si superior in possessione emtor futurus non sit.

Unter der lis de possessione sind hier ohne Zweifel die interdicta retinendae possessionis zu verstehen, weil bei diesen allein zur Frage steht, welche von beiden Parteien besitze, bei diesen allein eine eigentliche controversia de possessione zur Entscheidung kommt.

Die rei traditio ist also ordnungsmässig vollzogen, sobald der Interdicten-Besitz erworben ist.

Keineswegs ist aber hierdurch auch immer den Erfordernissen der vacuae possessionis traditio genügt.

Vacua possessio, heisst es: L. 2 §. 1 D. de a. e. v., emtori tradita non intelligitur, si alius in ea legatorum fideivecommissorum servandorum causa in possessionem est, aut creditores bona possideaut. Idem dicendum est, si venter in possessione: sit nam et ad hoc pertinet vacui appellatio.

Nun aber haben bekanntlich die Praetorischen Missionen mit dem Interdictenprocess gar nichts gemein. Denjenigen, die aus was immer für Gründen eine Missio in possessionem erlangt haben, wird das interdictum uti possidetis ausdrücklich abgesprochen:

L. 2 §. 8 D. Uti poss. Creditores missos in possessionem rei servandae causa interdicto uti possidetis uti non posse et merito: quia non possident. Idemque et in ceteris omnibus, qui custodiae causa missi sunt in possessionem, dicendum est.

(Vgl. L. 8 pr. D. ut in posses. legatorum etc. (36, 4).

Daraus folgt, dass Interdictenbesitzer derjenige ist und bleibt, der die Voraussetzungen dieses Besitzes in sich vereinigt, ohne Rücksicht auf die verhängte missio.

Wenn also Jemand, über dessen Vermögen eine missio custodiae causa verhängt ist, eine Sache verkauft und tradirt, so hat er seiner Verpflichtung, wenn sie nur auf rei traditio ging, vollständig genügt. Nicht so, wenn sie auf vacuae possessionis traditio ging. Denn da die betreffende Sache zu einem Complexe gehört, in welcher eine missio verfügt wurde, so war so lange, bis diese missio nicht aufgehoben ist, der Verkäufer nicht in der Lage vacuam possessionem zu tradiren.

Auch dies hängt mit der causa bonorum zusammen; denn wenn die missio in possessionem auch den Interdicten-Besitz nicht aufhebt, so verkettet sie doch die Sache ge-

wissermassen einer fremden Vermögenssphäre, sie mit einem zur Zeit zwar noch offenen Netze umgebend, welches sich in einem gegebenen Augenblick zuschnüren und den Besitz sammt allen sich daran knüpfenden Vermögensvortheilen dem Besitzer entwinden kann.

§. 4.

Vacuae possessionis traditio ist, wie wir auf dem Grund des bisher Dargelegten zu behaupten schon wagen dürfen, etwas ganz anderes, als das blosse „Einräumen" einer Sache, d. h. das körperliche Aufgeben des Besitzes, damit einem Andern Platz gemacht werde. Vielmehr hat dieselbe die Bedeutung eines wesentlich juristischen Actes, eines Rechtsgeschäftes, durch welches unmittelbar ein Rechtsverhältniss begründet wird. Dies Rechtsverhältniss ist von der formalen Ergreifung (Apprehension) des Besitzes ganz unabhängig und übt auf letztere nur den Einfluss, dass wenn dieselbe auf Grund der vac. poss. traditio einseitig geschieht, der Besitz niemals ein vitioser genannt werden kann, vielmehr als possessio juste adquisita angesehen werden muss. Schon ehe dieser Act der Besitzergreifung vorgenommen ist, gelangt der Besitz als Vermögensobject, causa bonorum, in das Vermögen des Empfängers, so dass dasselbe berechtigt ist, das pretium possessionis (L. 3 §. 10 D. U. P.) zu seinem Vermögen zu rechnen. *) Sollte es sich zugleich um Eigenthums-Erwerb handeln, so würde freilich, wenn die Voraussetzungen hiezu vorhanden sind, das Eigenthum erst durch die körperliche Besitzergreifung auf den Empfänger übergehen. (L. 48 D. de poss.)

*) Vgl. Rudorff a. a. O. p. 190.

Die vacuae possessionis traditio enthält daher eine Veräusserung des Besitzes in dem Sinne, dass der Tradent auf den Empfänger ein zweifaches Recht überträgt, nämlich: 1. den Besitz, soweit er Vermögen ist, sein Vermögen zu nennen; 2. sich der Sache jederzeit einseitig bemächtigen zu dürfen, ohne Gefahr zu laufen, als Störer fremden Besitzes behandelt zu werden.

Wenn nun der Empfänger von letzterem, ihm durch vac. poss. traditio übertragenen Rechte Gebrauch macht, und der Sache sich unterwindet, so stellt sich seine Handlung nicht sowohl als ein Occupationsact dar, sondern als ein Act, durch welchen er ein ihm übertragenes Recht ausübt. Auf diese Ausübung, nicht auf Occupation, ist sein Wille gerichtet. Dadurch aber wird die Wirksamkeit dieses Actes von dem Umstande abhängig, dass ihm durch den Traditionsact das Recht, welches er ausüben will, auch wirklich übertragen ist. Dies aber hängt wiederum ab von der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes, welches wir als vacuae poss. traditio kennzeichnen. Und diese Gültigkeit endlich ist wiederum durch dreierlei Voraussetzungen bedingt, und zwar:

1. Dass der Tradent vacuam possessionem, die er zu tradiren unternahm, wirklich gehabt habe, oder doch von dem der sie hatte, zum Tradiren bevollmächtigt war.

2. Dass der Tradent, falls er vacuam possessionem hatte, vermöge seiner physischen und juristischen Willens- und Handlungsfähigkeit, zu deren Veräusserung die subjectiven Voraussetzungen hatte.

3. Dass zwischen Tradenten und Empfänger über das Object der Ueberlassung Einverständniss (consensus) geherrscht habe.

Da also der Erwerb des Besitzes, wenn er nur auf dem Grund von vacuae possessionis traditio geschieht, an die wesentlichen Erfordernisse des derivativen Rechtserwerbs gebunden ist, so kann man allerdings sagen, dass in diesem

Fall eine Succession in den Besitz vorliege, oder m a. W. dass der Erwerber einen Besitz übernahm, der ihm von dem bisherigen Besitzer durch einen Creationsact geschaffen worden ist.

Hier also finden wir uns mit der oben besprochenen Brinz'schen Theorie wieder zusammen, nur mit dem Unterschied, dass wir auf vacuae possessionis traditio beschränken, was Brinz von possessionis traditio, die er, im Widerspruche mit uns, für einen technischen Begriff hält, überhaupt angenommen wissen will.

Dass dies das Resultat ist, zu welchem die richtige Auslegung derjenigen Quellenausprüche, die den Besitzerwerb in Folge Mangels einer der zur gültigen vac. poss. traditio nöthigen Voraussetzungen leugnen, mit Nothwendigkeit hinführt, soll nun im Folgenden nachzuweisen versucht werden:

§. 5.

Zunächst handelt es sich um den Beweis des Satzes, dass nur wer wirklicher Besitzer, beziehungsweise von diesem beauftragt ist, vacuam possessionem wirksam zu tradiren fähig ist.

Was die Frage betrifft, in wie fern derjenige, der eine Sache im Namen eines Anderen detinirt, ohne, beziehungsweise wider den Willen des Letzteren im Stande sei, einem Dritten zum Besitze zu verhelfen, ob m. a. W. derjenige, dem ein solcher Stellvertreter die Sache tradirt, Besitz erwirbt oder nicht — so ist es bekanntlich schwer auf Grundlage der Quellen hierauf eine positive Antwort zu geben, indem die exegetischen Schwierigkeiten noch durch ver-

schiedene, den Sinn wesentlich beeinflussende Lesarten, wie in L. 3 §. 9 und L. 40 §. 1 D. h. t. vermehrt werden.

Zu bemerken ist ferner, dass die direct von der Frage handelnden Stellen ausschliesslich von unbeweglichen Sachen reden, wo dann die eigenthümlichen Grundsätze über den Besitzverlust an Grundstücken, beziehungsweise die clandestina possessio die Entscheidung beeinflussen.

Nach der seit Savigny herrschenden Annahme soll die zwischen den classischen Juristen über die Frage bestehende Controverse, welche durch den Widerspruch zwischen L. 3 §. 9 h. t. auf der einen, L. 40 §. 1 u. L. 44 §. 2 auf der andern Seite in die Pandecten eingedrungen ist, durch L. 12 C. h. t. dahin entschieden sein, dass die durch einen Stellvertreter treuloser Weise vorgenommene Tradition der Sache an einen Dritten nicht im Stande sei, dem bisherigen Besitzer den Besitz zu entziehen, mithin derjenige, dem von einem Stellvertreter unbefugter Weise die Sache tradirt ist, den Besitz auch nicht erwerbe.

Dieser Lehre ist von H. Witte (in der bereits S. 12 erwähnten Abhandlung S. 269 ff.) neuerdings sehr entschieden widersprochen worden, welcher Schriftsteller im Zusammenhange der von ihm aufgestellten Theorie von clandestina possessio den Besitzerwerb des Empfängers davon abhängig macht, ob derselbe davon wisse, dass er es mit einem Stellvertreter zu thun habe, oder nicht. Da der Empfänger im ersten Falle clam handle, so unterbreche sein Besitz ebensowenig wie das dolose Aufgeben der körperlichen Herrschaft seitens seines Contrahenten den Usucapionsbesitz des dominus, da diesem, sobald er von dem Geschäft Kenntniss erhalte, die Dejection freistehe, und es werde desshalb sein Besitz erst aufgehoben, wenn er bei dem Dejectionsversuch unterliege, oder einen solchen anzustellen versäume. Handle dagegen der Empfänger bona fide, so werde der Besitz des dominus zwar nicht durch die Untreue seines Stellvertreters,

wohl aber dadurch, dass ein Andrer in einer gegen Gewalt gesicherten Weise die Sache sich unterworfen habe, ausgeschlossen (a. a. O. p. 284).

Diese Theorie hat das unzweifelhafte Verdienst, dass durch sie Widersprüche beseitigt werden, die nicht zu vermeiden sind, wenn man mit der herrschenden Lehre annimmt, dass durch unbefugte Tradition eines Stellvertreters niemals Besitz durch den Empfänger erworben werde. Es wäre nicht zu erklären, wie, wenn die L. 12 C. cit. wirklich den ihr von Savigny beigelegten radicalen Sinn hätte, Constitutionen in den Codex hätten aufgenommen werden können, wie L. 2 C. ne rei dominicae (7, 38), L. 12 C. 5 de rebus alien. non alien. (4, 51), L. 3 C. de praeser. l. t. X. od. XX. ann. (7, 33), in welchen Stellen die Möglichkeit einer Eigenthumsersitzung an solchen von Stellvertretern unbefugter Weise veräusserten und tradirten Sachen unzweifelhaft anerkannt wird, man müsste denn zu weit künstlicheren und bedenklicheren Vereinigungsmitteln greifen wollen.

Zu Gunsten der Savigny'schen Lehre scheint dann zwar wieder L. 5 C. h. t. zu sprechen, in welcher Stelle nach der fast einstimmig herrschenden Auslegung gerade umgekehrt demjenigen, der von einem Colonen das Grundstück gekauft hat, die Usucapion abgesprochen und dem dominus ausdrücklich das Vindicationsrecht eingeräumt wird.

Auf diese Stelle und die von Witte vorgeschlagene eigenthümliche Erklärung derselben näher einzugehen werden wir weiter unten Gelegenheit finden.

Ganz unabhängig von der bisher erörterten Frage, wobei es sich einfach um rei traditio handelt, ist aber die, ob wer im fremden Namen eine Sache detinirt, vacuam possessionem in dem oben von uns nachgewiesenen Sinne zu tradiren im Stande sei?

Diese Frage ist gleichbedeutend mit der folgendermassen gestellten: Wenn ein Nichtbesitzer ohne Auftrag des

Besitzers eine vacuae possessionis traditio vorgenommen hat, und in Folge dessen derjenige, zu dessen Gunsten dies geschah, die Sache körperlich apprehendirt hat, wird er durch diese Apprehension den Besitz erwerben?

Nach unserm Begriff von vac. poss. traditio muss dies unbedingt verneint werden. Aber dieser Begriff ist so lange ein problematischer, als wir dafür ein positives Quellenzeugniss nicht anführen können.

Wir glauben aber ein solches zu besitzen in L. 33 D. de poss., deren Anfangsworte S. 20 sub 10 abgedruckt sind, deren weiterer hieher gehöriger Text aber folgendermassen lautet: — — item si amicus venditoris, mortuo eo, priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus, id fecerit: recte possessio tradita erit. Sed si id fecerit, cum sciret dominum mortuum, aut cum sciret, heredes id facere nolle, contra erit. *)

In den Anfangsworten war der Fall gesetzt, dass der Verkäufer eines Grundstückes, der sich verpflichtet hatte, dem Käufer vacuam possessionem zu tradiren, einen Freund mit diesem Geschäfte beauftragt hat. Durch Ertheilung dieses Auftrags ist aber nicht etwa, wie man denken könnte, die vacuae possessionis trad. vollzogen. Sollte daher der Käufer in der Meinung, dass dies der Fall sei, in das Grundstück eingezogen sein, ehe der Mandatar ihn wirklich inducirt hat, so wird er den Besitz nicht erwerben.

Der speciell uns interessirende Fall ist aber dieser, dass der mit der Induction beauftragte Freund diesen Auftrag nach dem Tode des Mandanten vollzogen hat. Hier muss man nun unterscheiden, ob dies im guten Glauben, d. h. ohne dass der Mandatar den Tod erfahren hatte, und ohne dass die Erben Einspruch erhoben, geschehen sei oder nicht.

*) Vgl. über diese Stelle: Brinz a. a. O. pag. 44. Lenz Recht des Besitzes pag. 177 ff.

Im ersteren Fall wird das von Rechtswegen erloschene Mandat als fortbestehend fingirt, und die vacuae possessionis traditio wird als ein rechtsgültiger Act angesehen, als wäre sie von dem Besitzer selbst vorgenommen worden. Im entgegengesetzten Fall aber ist dieselbe, als von einem Nichtbesitzer ohne Auftrag vorgenommen, ein ungültiger Act (mithin für den Besitzerwerb ohne Wirkung).

Die Stelle enthält zwar keine directe Aeusserung darüber, ob im letzteren Falle der Käufer Besitz erwerbe oder nicht. Sie sagt nur: vacua possessio sei nicht recte tradita.

Ueber die Bedeutung des Wortes „recte" kann nicht wohl ein Zweifel statthaft sein. Ueberall, wo dasselbe sonst in den Quellen als Prädicat einer Handlung oder eines Rechtsgeschäftes vorkommt, soll damit ausgedrückt werden, dass den rechtlichen Vorschriften, durch welche die Wirksamkeit dieser Handlung bedingt ist, vollständig genügt wurde. So ist ein testamentum recte factum ein vorschriftsmässig, folglich gültig errichtetes Testament (L. 3 C. de contrar. judic. tut.), ein legatum recte relictum ist ein gültig errichtetes Vermächtniss (L. 9 D. pro legato), eine nuntiatio recte facta ein ordnungsmässig vorgenommener, folglich wirksamer Einspruch (L. 5 §. 5 D. de O. N. N.); manumissio recte facta eine gültige, folglich den Sclaven befreiende Freilassung (L. 24 D. de manum. vindicta) und so unzählige analoge Anwendungen. (Vgl. Brissonius die Verb. sign. verb. recte).

Wenn also gesagt wird: vacua possessio sei non recte tradita, so kann dies nach obigen Analogien nichts anderes heissen, als die vorgenommene Tradition entspreche den gesetzlichen Erfordernissen nicht, sei desshalb ohne juristische Bedeutung, vom juristischen Standpunkt aus gar nicht vorhanden. (Vgl. auch Brinz a. a. O. S. 45.)

Daraus ergibt sich aber, dass die Handlung, der hier das Prädicat non recte beigelegt wird, als eine wesentlich

juristische, nicht als eine factische Einräumung des fundus angesehen werden muss. Auf eine Tradition als factum gefasst, angewandt, könnten die Prädicate recte und non recte auch nur eine factische Bedeutung haben. Recte wäre tradirt, wenn der Empfänger wirklich in die Lage gesetzt wird, körperlich Besitz zu ergreifen — non recte im gegentheiligen Fall. Aber nie könnte, ob recte oder non recte tradirt sei, davon abhängen, ob ein Mandat als erloschen oder als fortbestehend angesehen wird.

Die vacuae possessionis traditio in unserem Sinne ist aber ein Rechtsgeschäft, welches nur von einem solchen gültig vorgenommen werden kann, der entweder selbst besitzt oder vom Besitzer dazu die Vollmacht erhalten hat. In dieser Eigenschaft wird sie in unserer Stelle anerkannt.

Würde in Folge eines solchen ungültigen Traditionsactes nun der Eingewiesene das Grundstück beziehen, so sind zwei Fälle möglich. Entweder er kennt die Ungültigkeit des Traditionsgeschäftes. Dann erwirbt er zwar den Besitz, aber als praedo. Oder er glaubt irrthümlicherweise an die Gültigkeit des Actes. Dann kann er, quia dolo caret nach bekannter Quellenäusserung (L. 25 §. 6 D. de H. P.), allerdings kein praedo sein, aber dafür wird er gar nicht zum Besitzer. Denn da er auf den Grund der vac. poss. trad. in dem Glauben an deren Gültigkeit die Sache in Besitz nahm, so war sein animus possidendi kein absoluter, sondern ein an die Voraussetzung, dass possessio recte tradita sei, geknüpfter. Wollte man aber einen Widerspruch darin finden, dass der Bösgläubige Besitz erwerbe, der Gutgläubige nicht, so ist darauf zu erwidern, dass der Besitz eines praedo nur ein scheinbarer Vortheil, in Wahrheit aber, wie jeder unredliche Besitz, die damit verbundene Verantwortlichkeit und Ersatzpflicht ein Schaden ist. Uebrigens würde ja derselbe Widerspruch darin liegen, dass Diebe, Räuber und Dejicienten bekanntlich Besitzer sind, während ehrliche

Pächter, Usufructuare, Depositare, Commodatare etc. des Besitzes entbehren.

§. 6.

Wenn nun auch, wie wir gesehen haben, Niemand, der nicht juristisch besitzt, vacuam possessionem tradiren kann, so ist hiezu umgekehrt ein juristischer Besitzer, in dessen Namen ein Anderer detinirt, sehr wohl im Stande.

Dies bedarf, da es sich aus der Natur der Sache von selbst ergibt, eigentlich keines Beweises; daher die Stelle, die den Satz enthält, nicht um solchen zu führen, sondern um ihres charakteristischen Ausdrucks willen hier angeführt werden soll.

Es ist die Papinianische L. 18 pr. D. de vi, deren hier in Betracht kommende Worte lauten:

> Cum fundum, qui locaverat, vindidisset, jussit emtorem in vacuam possessionem ire: quem colonus intrare prohibuit: postea emtor vi colonum expulit: interdictis unde vi quaesitum est. Placebat interdicto colonum venditori teneri: quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori.

Dass das in vac. poss. ire jubere mit vac. poss. tradere identisch ist, leidet, wie schon bemerkt wurde, keinen Zweifel. Vacua poss. ist also tradita durch den Verpächter, wenn derselbe den Käufer angewiesen hat, sich auf das verpachtete Grundstück zu begeben und Besitz davon zu ergreifen. Diese Besitzergreifung besteht aber darin, dass der colonus das Grundstück dem missus einräumt, und diese Einräumung, die natürlich rein faktischer Natur ist, wird possessionis trä-

ditio genannt, — ein weiterer Beweis, wie wenig von einem technischen Gebrauch des letzteren Ausdruckes die Rede sein kann. Der Verkäufer behält also trotz geschehener vacuae poss. traditio den Interdicten-Besitz auf so lange, bis ihn der Eingewiesene erworben hat, ein Satz, auf den wir unten bei Erklärung der L. 34 D. h. t. wieder zurückkommen werden.

Papinian lässt in dieser Stelle den Verpächter durch die Weigerung des Colonen, das Grundstück dem missus einzuräumen, durch ersteren dejicirt werden, m. a. W. des Besitzes verlustig gehen, woraus folgt, dass die vacuae possessionis traditio an den Käufer nunmehr hinfällig geworden ist, und der dominus bis zur Wiedererlangung des Besitzes zur Vornahme einer solchen nicht mehr fähig ist.

Man könnte sich nun denken, das Nämliche müsste auch der Fall sein, wenn der Colonus unbefugter Weise das Grundstück verkauft hat, weil schon durch diese Handlung, ganz abgesehen von der Tradition, der Pächter seine Absicht genugsam erklärt hat, nicht mehr im Namen des dominus besitzen und dessen Verfügungen nicht mehr Folge leisten zu wollen.

Und ein Zweifel dieser Art ist es unseres Dafürhaltens, welcher zu jenem schon früher erwähnten, in ältester und neuester Zeit so vielgedeuteten Diocletianischen Rescript Veranlassung gegeben hat, welches als L. 5 C. de poss. in unseren Quellen enthalten ist.

> Quum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum, nulla extrinsecus accedente causa sola colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, paeses provinciae, inquisita fide veri, dominii tui jus convelli non sinet. *)

*) Vgl. über diese Stelle: Brinz a. a. O. p. 38 ff., Schirmer in Giesser Zeitschrift XI. p. 458, H. Witte ebendaselbst XVIII. p. 281.

Es wurde schon oben bemerkt, dass trotz der vielfachen Abweichungen der Erklärer im Einzelnen, doch fast alle in dem Punkte übereinstimmen, es werde durch die Worte „jus dominii tui convelli non sinet“ dem Käufer die Berufung auf Ersitzung des Eigenthums abgesprochen. Ueber den Grund aber, warum dies geschehe, bestand schon in der ersten Glossatorenzeit Meinungsverschiedenheit, indem die Ansicht des Irnerius, die Ersitzung sei wegen mangelnden Besitzes des Käufers ausgeschlossen, von Joannes Bassianus hauptsächlich aus dem Grunde angegriffen wird, weil in L. 2 C. ne rei dominicae (7, 38) in einem ganz analogen Falle die Ersitzung als möglich vorausgesetzt wird, wesshalb Joannes seinerseits annimmt, der Käufer habe sich auf accessio possessionis berufen müssen, die freilich unter allen Umständen ausgeschlossen ist. Die späteren Erklärer stehen alle mehr auf Seite des Joannes als des Irnerius, bemühen sich aber, zum Theil von der Freiheit, die den Rescripten zu Grunde liegenden Fälle zu construiren, den ausgiebigsten Gebrauch machend, die Entscheidung durch Supponirung bald des einen, bald des anderen Umstandes mit anderweitigen in den Quellen anerkannten Grundsätzen auszugleichen.

So schlägt namentlich H. Witte (a. a. O. S. 281) zwei verschiedene Interpretationen zur Auswahl vor. Die erste beruht auf der Annahme, dass eine nicht auf uns gekommene Constitution die durch einen Colonen unrechtmässig veräusserten Güter der Usucapion überhaupt entzogen habe. Der Eingang der Stelle würde dann einen Einwand zurückweisen, der gegen die Anwendbarkeit jener Vorschrift im vorliegenden Fall daraus hergenommen war, dass der Colon zur Zeit der Veräusserung bereits aufgehört habe, Colon zu sein, weil er schon früher im eigenen Namen besitzen zu wollen erklärt hatte. Da Witte auf diese Erklärung selbst keinen besonderen Werth zu legen scheint, so können wir uns um so mehr näheres Eingehens auf dieselbe ersparen.

Nach den anderen lag den Kaisern ein Fall zur Entscheidung vor, in welchem der Käufer zwar einräumte, von der Eigenschaft seines Contrahenten, als Colon, in früheren Zeiten Kenntniss gehabt zu haben, sich aber darauf berief, dass er den Eigenthumerwerb Seitens desselben voraugesetzt und desshalb bona fide gekauft habe. Diesen Einwand gegen die mala fides sollen die Käufer mit dem Satze cum nemo etc. beseitigen wollen.

Diese Auslegung hängt mit der oben angedeuteten Witte'schen Theorie von der clandestina possessio auf's engste zusammen. Aber selbst unter Voraussetzung der Richtigkeit dieser Theorie müssen wir dann doch bezweifeln, dass ein auf einer so individuellen Richtung der Vertheidigung basirte Entscheidungsgrund mit keinem Worte sollte angedeutet sein. Es scheinen hier die Grenzen der Constructionsfreiheit doch einigermassen überschritten zu sein, und, wenigstens so lange noch andere einfache Erklärungen möglich sind, dürfte dieser Interpretation sich anzuschliessen kaum gerathen sein.

Einfacher ist nun zwar schon die Erklärung von Schirmer (a. a. O. p. 458), der Colone könne sich nicht zum juristischen Besitzer des Grundstückes machen, ohne dass der Eigenthümer darum wisse, er könne also auch dem Verkäufer keine vacua possessio übergeben und dieser wiederum keinen selbstständigen Besitz erwerben, ehe der Herr Kenntniss von der Occupation seines Ackers erhalten hat.

Wir begrüssen hier eine Auffassung von vacuae poss. traditio, die an die unsrige mindestens nahe heranstreift; denn da ohne Zweifel der Colone sehr wohl im Stande ist, das Grundstück faktisch zu vacuiren, so muss Schirmer sich unter vac. poss. wie wir etwas vorzugsweise juristisches denken, und da er die Uebergabe der vacua possessio dem selbstständigen Besitzerwerb entgegensetzt, so liegt dem

offenbar ein der unsrigen nahe stehende Anschauung zu Grunde.

Nur das steht der Schirmer'schen Auslegung entgegen, dass sie die von Joannes gegen Irnerius geltend gemachten Bedenken nicht beseitigt, was denn auch Schirmer selbst zu fühlen scheint, wenn er zum Schluss bemerkt, es solle damit die Ansicht des Bassianus nicht von der Hand gewiesen werden.

Die unter mehreren gleich möglichen vorzuziehende Auslegung dürfte diejenige sein, die am wenigsten in die Stelle hineinträgt, was angeblich verschwiegen sein soll, die also statthaft ist auch für den Fall, dass gar nichts verschwiegen sein sollte. Alle bisher erwähnten Interpretationen tragen aber mindestens das in die Stelle hinein, dass die Usucapion des vom Colonen verkauften Grundstückes ausgeschlossen werde. Ausserdem noch, dass das verkaufte Grundstück auch tradirt sei, was ebenfalls in der Stelle nicht gesagt wird. Von Bassianus wird auch die Berufung auf accessio possessionis, von Witte noch vieles Andere hineingetragen.

Wir unsererseits halten eine Erklärung für möglich, bei der gar nichts hineingetragen und gar nichts construirt wird, und haben diese bereits oben angedeutet, indem wir mit Beziehung auf L. 18 pr. de vi bemerkten, es könne sehr wohl den Kaisern die Frage vorgelegt sein, ob nicht ein Colon, der das ihm zum Pacht gegebene Grundstück verkauft, schon dadurch den dominus um den Besitz gebracht habe. Diese Frage verneinen die Kaiser mit Berufung auf den Satz „nemo causam sibi possessionis mutare potest". Der blosse Umstand, dass colonus den Acker verkauft habe, sei kein zur Besitzentwindung genügendes Ereigniss (anders wenn wie in L. 18 cit. der Colon dem missus des dominus den Eintritt verweigert). Der Statthalter werde daher nicht zulassen, dass dem Verpächter sein jus dominii convellirt werde. Dass unter dominii jus hier nicht die rei vindicatio

verstanden sein könne, sondern dass schon der Titel, welchem das Rescript eingereicht ist, darauf hinweise, es handle sich hier um den Besitz, ist schon von bedeutender Seite bemerkt worden.*) Unseres Erachtens soll durch dominium hier nichts weiter bezeichnet werden, als das Verhältniss des Verpächters zum colonus, und wenn es heisst dominii jus convelli (praeses) non sinet, so bedeutet dies, der Statthalter werde nicht dulden, dass der Colon unter Zerreissung dieses Verhältnisses sich zum Besitzer mache.

Wir vermögen hiernach in der L. 5 cit. nichts weiter als eine einfache Anwendung des Satzes: nemo sibi causam possessionis etc. zu sehen, aus welchem Grunde wir diesem Rescript die hervorragende Rolle, die andere Schriftsteller dasselbe in der hier erörterten Frage spielen zu lassen geneigt sind, nicht zuerkennen können.

§. 7.

Als zweite Voraussetzung einer gültigen vacuae possessionis traditio ist oben hingestellt worden, dass dem Tradenten diejenige Handlungsfähigkeit beiwohne, die im Allgemeinen zur Veräusserung von Vermögensobjecten erforderlich ist, und dass im Falle des Mangels derselben die entsprechende Ergänzung durch den rechtlichen Beistand nicht fehle.

Wir sind nicht in der Lage, zum Beweise dieses Satzes einen direct und ausdrücklich von vacuae poss. traditio re-

*) Jhering Beiträge zur Lehre vom Besitz p. 95. „Dass sie (die vindicatio) es nicht ist, dass der Kaiser vielmehr den Besitzesschutz im Auge hat, geht nicht blos aus der Titelüberschrift, sondern auch aus dem im Anfang der Stelle in Bezug genommenen Satz hervor.“

denden Quellenauspruch beibringen zu können. Wohl aber findet sich eine Stelle, der wir bei sorgfältiger Betrachtung eine indirecte Beweiskraft nicht werden absprechen können.

Es ist dies die den Scharfsinn der Interpreten noch immer in Anspruch nehmende L. 11 D. de a. r. d. pupillus (sine tutoris auctoritate) alienare nullam rem potest, et ne quidem possessionem, quae est naturalis. *)

So viel ist klar, dass possessio hier als besondere species dem allgemeinen Begriff res subsumirt wird. Der Pupill kann ohne den Tutor kein Vermögensobject alieniren, nicht einmal dasjenige, welches Besitz heisst, obgleich dies Object einen mehr natürlichen, als juristischen Charakter hat, d. h. mehr dem natürlichen, als dem auf positiven Rechtssätzen beruhenden Vermögenskreise angehört, wesshalb man erwarten sollte, dass das durchaus positive Institut der tutoris auctoritas keinen Einfluss darauf habe.

Alienare heisst aber bekanntlich: etwas aus seinem Vermögen in das Vermögen eines Andren bringen, nicht einfach sich einer Sache entäussern. (L. 4 §. 1 D. de alienatione jud. mutandi causa facta).

Also der Pupill soll possessio nicht s. t. a. in ein fremdes Vermögen bringen können.

Possessio wird also hier in dem Sinne genommen, in welchem sie Vermögen bedeutet, in welchem ihr causa bonorum zukommt.

Dies aber bedeutet nach dem oben nachgewiesenen Sprachgebrauch so viel, als ob gesagt wäre: Der Pupill ist nicht im Stand ohne auctoritas tutoris vacuam possessionem zu tradiren.

Sobald wir die Stelle auf körperliche Uebergabe einer Sache beziehen wollen, stossen wir auf schwer zu beseitigende Widersprüche.

*) Ueber die versch. Erklärungen vergl. Savigny Besitz § 32 p. 356 (VII Ausg.). Brinz a. a. O. p. 45 ff.

Zunächst macht L. 29 D. de poss. Schwierigkeit, in welcher Stelle bekanntlich gesagt ist, der Pupill könne auch sine tutoris auctoritate den Besitz verlieren, zwar nicht so, dass er animo, aber doch so, dass er corpore zu besitzen aufhöre.

Wenn aber eine Sache körperlich tradirt, d. h. in die Machtsphäre eines andern gebracht und von diesem apprehendirt wird, so kann man doch nicht umhin zu sagen, dass der Tradent corpore zu besitzen aufgehört habe. Darum, dass er auch den Willen gehabt hat, den Besitz aufzugeben, ist doch nicht weniger der Besitz corpore verloren, man müsste denn sagen, auch wenn die Sache absichtlich weggeworfen und von einem Andern gefunden wird, gehe der Besitz nicht verloren.

Eine weitere Schwierigkeit (die in der That den Interpreten hinreichend zu schaffen gemacht hat) liegt in L. 2 §. 15 D. pro emtore, allwo demjenigen, der eine fremde Sache von einem Pupillen s. t. a. bona fide gekaupft hat, die Usucapion gestattet wird. Hier haben wir es mit ganz demselben Widerspruch zu thun, der sich der Irnerischen Auslegung von L. 5 C. de poss. entgegenstellte.

Anzunehmen, dass Jemand, dem ein Pupill s. t. a. eine Sache körperlich tradirt, nicht Besitzer werden solllte, ist, wenn man nicht mit Cuperus geradezu eine Antinomie annehmen will, unmöglich.

Der bekannte, von Savigny vorgeschlagene Ausweg ist von Brinz (p. 47) mit, wie uns scheint, überzeugender Schärfe als unhaltbar nachgewiesen worden.

Brinz's eigene Annahme, dass es sich in L. 11 cit. um Fälle handle, wo bloss Besitz als solcher übertragen werden will („possessionis traditio"), geht mit der unsrigen in so weit zusammen, als nach derselben der Besitz als selbstständiges Vermögensobject gefasst wird, welches der Pupill nicht ohne Hülfe des Tutors seinem Vermögen zu entfrem-

den im Stande ist, daher denn ein vom Pupill sine tutore abgeschlossener Kauf, oder eine in derselben Weise gemachte Schenkung, deren Gegenstand nicht die Sache, sondern der Besitz ist, ohne allen Zweifel als ungültig angesehen werden muss.

Wenn aber der Pupill in Folge eines solchen Geschäftes die Sache körperlich von sich lässt, muss er dann nicht doch nach L. 29 cit. des Besitzes verlustig angesehen werden — wird der Käufer, der Beschenkte etc., dem die Sache tradirt ist, den Besitz nicht durch seine Apprehension erwerben?

Brinz nimmt keinen Anstand, dies zu leugnen, und gibt dadurch Vangerow *) Gelegenheit, den Trumpf auszuspielen, es werde alsdann ja zum minus mehr verlangt als zum majus, indem, wenn ein Pupill blos possessionem übertragen wolle, der Besitz nicht übergehe, während, wenn er rem übertragen wolle, der Erwerber allerdings Besitzer würde.

Dieser Einwand findet nun freilich in der von Vangerow gänzlich ignorirten, oben von uns ausgeführten Entwicklung der Creationstheorie, nach welcher der Erwerb des vom Tradenten zum besonderen Vermögensobject creirten Besitzes keineswegs der Sachtradition gegenüber ein minus ist, sondern eher ein majus, seine Erledigung.

Nichtsdestoweniger bleibt L. 29 h. t., und aus dieser Collision ist u. E. nur dadurch herauszukommen, dass man sich die in L. 11 cit. für unstatthaft erklärte, alienatio possessionis als einen Act denkt, welcher weder ein körperliches Aufgeben des Besitzes noch eine körperliche Ergreifung der Sache in sich schliesst. Als einen solchen Act aber fassen wir die vacuae possessionis traditio, durch welche nicht der Besitz als körperliches Machtverhältniss, sondern als Recht

*) Pandecten I. §. 202 Anm. p. 362.

auf den mit der Sache verbundenen ökonomischen Vortheil aus dem Vermögen des Pupillen in das des Empfängers übergehen soll.

§. 8.

Vacuae possessionis traditio ist nach unserer Auffassung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches darin besteht, dass der Tradent dem Empfänger erklärt, possessio sei für ihn vacua, der Empfänger aber diese Erklärung annimmt.

Handelt es sich, wie in den meisten Fällen, um den Besitz eines Grundstückes, so sind für dieses Geschäft die Ausdrücke in vacuam possessionem mittere, inducere, ire jubere die gebräuchlicheren, über deren Synonimität mit vacuam poss. tradere niemals ein Zweifel erhoben worden ist.

Der Charakter der Zweiseitigkeit ist allen diesen Wendungen eingeprägt. Mittere, inducere, ire jubere, Alles setzt das Einverständniss des Mittirten, Inducirten, einzuziehen Geheissenen voraus.

Die vac. poss. traditio ruht daher auf der Harmonie, dem Einverstandensein, dem consensus zweier Willen.

Fehlt es an diesem Einverständniss, so liegt ein ungültiger Act vor, dem keinerlei juristische Wirkung beigelegt werden kann.

Und zwar muss: 1. consensus vorhanden sein darüber, dass es sich überhaupt um vac. poss. traditio handle; 2. es muss der Tradent derjenigen Person, welche ihm als vac. poss. empfangend gegenübersteht, solche auch wirklich übertragen wollen; 3. es muss Tradent an derjenigen Sache vac. poss. überlassen wollen, an welcher der andere Theil selbige empfangen will.

Jeder in diesen Punkten vorkommende error hebt den Consens auf, und hat Wirkungslosigkeit des ganzen Actes zu Folge.

Bezüglich der ersten beiden Punkte findet sich unseres Wissens in den Quellen keine die Folgen des Consensmangels behandelnde Stelle.

Wohl aber findet sich eine solche bezüglich des dritten Punktes, dass nämlich (auf error beruhender) dissensus in corpore den Act der vacuae poss. traditio zu einem ungültigen mache.

Hierdurch werden directe Zeugnisse für die anderen Momente entbehrlich, weil kein Grund vorliegt, wesshalb in der einen Beziehung weniger als in der anderen die den Vertrag beherrschenden Grundsätze anerkannt sein sollten.

Die betreffende Stelle ist die viel, aber keineswegs genug besprochene L. 34 §. 1 D. de poss. *)

Der florentinische Text lautet:

Ulpianus libr. VII Disputationum: Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quoniam autem in corpore consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam adquisita est? Sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione.

*) Es ist ein wesentliches Verdienst von Brinz (a. a. O. p. 21 ff.), dem richtigen Verständniss dieser bisher viel zu wenig beachteten Stelle durch eine Analyse von glänzender Dialektik zuerst Bahn gebrochen zu haben. Im Text wird auf dieselbe genauer eingegangen werden.

Statt der gesperrt gedruckten Worte quoniam autem etc., die mit dem Vorgehenden sowohl wie mit dem Nachfolgenden ausser aller logischen Verbindung stehen, lesen andere Handschriften: quando autem in corpore non (non in corpore) consenserimus. Ueber die Unentbehrlichkeit des „non“ kann wohl kein Zweifel sein, man müsste denn der Florentina zu Liebe auf jeden Sinn verzichten wollen. Zum non aber scheint dann wieder quoniam besser zu passen als quando. Besser als Beides würde die von Mommsen vorgeschlagene Conjectur quamvis autem in corpore non consenserimus dem Sinn und dem Zusammenhang entsprechen.

Diejenigen Schriftsteller, welche sich vor Brinz mit dieser Stelle beschäftigt haben*), setzen mit einigen älteren Ausnahmen (Bartolus; Jacobus Venentius) den Grund, warum der Besitz am fundus Cornelianus nicht erworben werde, in den Umstand, dass der einziehende missus dieses Grundstück mit dem Sempronianus, in welchen er eingewiesen zu sein glaubte, verwechselt, oder deutlicher gesagt, den Sempronianus für den Cornelianus gehalten habe, „will ich (aber) den Besitz eines mir bekannten Sempronianischen Landgutes, welches ich mit dem Cornelianischen verwechsle, so werde ich blosser detentor des letzteren, auf welches ja nun offenbar mein Besitzwille nicht gerichtet ist.“ (Scheurl a. a. O) Dem gegenüber unternimmt nun Brinz (a. a. O. p. 21 ff.) die Vertheidigung der Meinung jener älteren Dissentienten, dass nämlich der Nichterwerb des Besitzes am genannten fundus auf den Mangel des consensus zwichen Mittenten und missus zurückzuführen sei, daher der Besitz

*) Vgl. unter den Neueren namentl. v. Scheurl. Beiträge I. p. 203.

auch dann nicht erworben sein würde, wenn im Momente der Apprehension, des Einzugs, über die Identität der Grundstücke kein Irrthum obwalten sollte. Und zwar soll der genannte dissensus diesen Einfluss desshalb haben, weil es sich um possessionis, nicht um rei traditio handelte.

Zur Begründung dieser Auffassung unterwirft Brinz die Stelle einer höchst sorgfältigen, jedes Wort abwägenden Untersuchung, deren Gedankengang wir in den wesentlichsten Zügen hier wiedergeben wollen.

Der Eingewiesene, sagt Brinz, befindet sich jedenfalls in dem Irrthum, dass er in den Besitz des fundus Sempronianus eingewiesen sei, während ihn der Mittent in den Cornelianus einwies. Dass er den Cornel., welchen er bezieht, auch für den Sempronianus halte, ist zwar möglich, aber keineswegs erwiesen. Daher, meint Brinz, liege es näher, die Worte am Ende der Stelle: non puto errantem adquirere auf den jedenfalls vorliegenden ersten, als auf den nur möglichen zweiten Irrthum zu beziehen. Werden sie aber auf den ersten Irrthum bezogen, so bedeutet errare hier, wie auch sonst häufig, soviel als dissentire (der Grund des dissensus wird zur Bezeichnung des dissensus selbst gebraucht).

Gesetzt, fährt Brinz fort, Ulpian hätte auch an den zweiten Irrthum gedacht, so bliebe es noch immer zweifelhaft, ob derselbe wirklich ein solcher Irrthum in „Stoff und Eigenschaft“ sei, dass er den animus possidendi ausschliesse. „Oder kann man sagen, dass der, der aufzieht, den fundus, auf den er zieht, sich einrichtet und als Herrn denkt, nicht will desshalb, weil er ihn für den Sempronianus hält? Wie wenn er in dieser falschen Meinung den bisherigen Besitzer dejicirt hätte? hätte er auch dann diesen fundus nicht gewollt, und keinen Besitz daran erworben?“

Weiter macht Brinz geltend, dass, da das errare am Ende der Stelle an und für sich sowohl den dissensus als

den „einseitigen“ Irrthum bedeuten könne, nicht aber umgekehrt, zweimal in der Stelle aber der dissensus als Grund des fehlschlagenden Besitzerwerbs genannt werde, dann auch allgemein der error, es nach logischen Regeln geboten sei, den letzteren als gleichbedeutend mit dem concreteren dissensus zu nehmen.

Brinz macht sich sodann selbst den Einwand, warum denn Ulpian, wenn er die Wirkungen eines dissensus in corpore bei possessionis traditio behandeln wollte, den Fall nicht lieber so gestellt habe, dass er den Eingewiesenen in eben den fundus gehen liess, in welchen er eingewiesen zu sein glaubte. Es liege nicht ferne anzunehmen, Ulpian habe den missus gerade desshalb in den Corn. gehen lassen, um den Fall zu bekommen, dass zwar ein dissensus, aber überdies ein (einseitiger) error in corpore vorlag. „Allein wenn dieser Einwurf von Gewicht sein sollte, müsste feststehen, dass der Eingewiesene den fundus C. auch wirklich für den fundus S. hielt, und dass dieser Irrthum error in corpore sei.“ Da dies aber nicht feststeht, Ulpian es vielmehr dahingestellt sein lässt, so liegt es mindestens eben so nahe, derselbe habe sagen wollen: Der missus konnte und wollte den fundus, in den er einzog, that alles, was zum einseitigen Besitzerwerb gehört, und erwarb dennoch nicht: deswegen nicht, weil es sich um possessionis traditio handelte, und der consensus fehlte.

Wir glauben hiemit die wesentlichen Momente dieser in etwas anderer Ordnung entwickelten Auslegung hervorgehoben zu haben, was um so nothwendiger erschien, als muthmasslich nicht allen Lesern die Brinz'sche Abhandlung sofort zur Hand sein dürfte. Wenn wir uns dabei nicht streng an die Reihenfolge gehalten haben, in welcher die verschiedenen Argumente vom Verfasser vorgebracht werden, so ist dies geschehen, weil wir so den logischen Zusammenhang und das Ineinandergreifen der Beweisglieder im In-

teresse des Lesers und des Interpreten schärfer ans Licht zu stellen meinten.

Dass diese Auslegung auf Widersprüche gestossen ist, ist weniger zu verwundern, als dass selbst solche Juristen, deren Schriften sich sonst durch gründliches Eingehen auf die Meinungen Anderer auszeichnen, es beim blossen Widerspruch haben bewenden lassen, ohne etwas irgend wie Gewichtiges zur Entkräftung der von Brinz aufgestellten Argumente beizubringen.

So behauptet namentlich Vangerow (Pand. I. p. 361), es gehe mit „absoluter Evidenz" aus der Stelle hervor, dass der missus bloss desshalb den fundus Cornelianus in Besitz nehme, weil er ihn für den Sempronianus halte. Denn dächte man sich diesen Irrthum weg, so würde ja die Besitzergreifung des Cornelianus im Sinne des missus eine reine Occupation sein, und es gebe keinen denkbaren Grund, den Besitzerwerb in Abrede zu stellen. Das würde allerdings der Fall sein, wenn man sich die Sache so vorstellte, dass der missus, obgleich in der Ueberzeugung in den Sempr. eingewiesen zu sein, den Corn. ganz ohne Rücksicht auf irgend eine missio, weil er ihn ledig findet, in Beschlag nehme. Schwerlich aber wird man doch Brinz zutrauen können, dass er sich den Fall so gedacht habe, sondern selbstverständlich so, dass der missus, nachdem er seinen Irrthum gewahr geworden ist, jetzt nachträglich den Cornelianus bezieht, aber auf dem Grund einer ungültigen possessionis traditio. Hier kann aber von einem animus occupandi natürlich keine Rede sein. Uebrigens wäre auch in dem von Vangerow gesetzten Fall das blosse ire in fundum bekannten Sätzen gemäss noch nicht unbedingt Occupation. Es fehlt also nicht an denkbaren Gründen, warum der Besitz nicht erworben wird.

Ein anderer schon oben erwähnter Gegner H. Witte (a. a. O. p. 246) begründet seinen Widerspruch durch die Bemerkung, es scheine sich mit Nothwendigkeit der Gedanke

aufzudringen, dass der Grund, wesshalb der Besitz nicht erworben werde, in dem Worte errantem enthalten sei, — also sei der Empfänger des Grundstückes in einem Irrthum über den Gegenstand der Erwerbung befangen, und zwar in einem „error in corpore.“ Nun aber liegt eben gerade eine der stärksten Seiten der Brinz'schen Deduction darin, es wahrscheinlich gemacht zu haben, dass das errare diesem in Zusammenhange so viel wie dissentire bedeute. Hierauf wird von Witte nicht weiter eingegangen.

Wir unsererseits sind zu der Ueberzeugung gelangt, dass die von Brinz aufgestellte Erklärung nicht blos dem Wortlaut der Stelle durchaus angemessen ist, sondern dass sie die einzige ist, die in den Gedankengang Ulpian's vollkommenes Licht und befriedigenden Zusammenhang zu bringen im Stande ist.

Es wird uns gestattet sein, diese Ueberzeugung etwas näher zu begründen.

An und für sich ist es möglich, dass Ulpian von zwei Sätzen einen oder den anderen durch ein Beispiel hatte illustriren wollen. Der eine wäre der, dass wer von einer Sache Besitz ergreift, die er für eine andere hält, in Folge dieses error in corpore und der dadurch herbeigeführten Aberration des animus possidendi keinen juristischen Besitz erwirbt. Der andere Satz wäre der, dass wenn es sich um (vacuae) possessionis traditio handelt und die Parteien beim Abschluss dieses Geschäftes über das Object dissentiren, Besitz auch in dem Falle nicht erworben wird, wenn der empfangende Theil auf Grund der traditio (missio) dasjenige Object apprehendirt, an welchem ihm der andere Theil possessionem tradiren wollte.

Dachte Ulpian den ersten Fall, so war es überflüssig und die Klarheit zum mindesten nicht fördernd, wenn er die missio in vacuam possessionem mit ins Spiel zog, um so mehr, da wir es hier kaum mit einem in Anlass eines wirklich vorgekommenen Falles zu ertheilenden respon-

s u m, sondern mit einem fingirten, den Rechtssatz illustrirenden Beispiel zu thun haben, worauf zwar nicht der Titel des Werkes, dem die Stelle entnommen ist, *) wohl aber die abstracte, schulmässige Bezeichnung der Grundstücke und anderes hinweist.

War es aber Ulpian's Absicht, den zweiten Satz darzulegen, so lässt sich nicht leugnen, dass der Ausdruck ein dem Gedanken vollständig entsprechender, kein Wort zu viel und zu wenig enthaltender ist. Der Fall ist dann folgendermassen zu denken:

Der Verkäufer, Schenkgeber, Verpfänder etc. eines Grundstückes will dem Käufer etc. vacuam possessionem tradiren und zwar in Form einer missio in possessionem, indem er dem anderen Theile erklärt, possessio sei für ihn vacua, es stehe ihm frei, wann ihm beliebe, in das Grundstück einzuziehen. Diese Erklärung wird n i c h t in unmittelbarer Nähe des Grundstücks abgegeben und angenommen. Wenn nun Mittent und missus sich in der Weise missverstehen, dass Letzterer glaubt, in ein Grundstück eingewiesen zu sein, in welches ihn Ersterer nicht einweisen wollte, dagegen in dasjenige, welches dieser im Sinne hatte, nicht eingewiesen zu sein glaubt, so muss man sagen, dass eine missio in vacuam possessionem überall gar nicht stattgefunden habe. Denn die missio in v. p. ist kein einseitiger, sondern ein zweiseitiger, ein vertragsmässiger Vorgang. Die blosse Erklärung: „ich weise dich ein", „mitto te" bedeutet juristisch gar nichts, so lange sie nicht vom anderen Theile acceptirt ist. Der Accept aber, der sich auf die vermeintliche Einweisung in ein anderes Object bezieht, als in welches der Mittent einweisen wollte, ist so wenig ein Accept, wie wenn Stichus zum Kaufe offerirt, Damas acceptirt wird. Wie in letzterem Falle kein Kauf kommt in unserem keine missio

*) Vgl. B r e m e r die Rechtslehrer und Rechtsschulen p. 19 ff.

in vac. poss. zu Stande, woraus dann weiter folgt, dass in Wahrheit der Mittent den Besitz am fraglichen Grundstück gar nicht aufgegeben hat, also . possessio nicht vacua geworden ist, mithin der missus, wenn er in das Grundstück einzieht, ein Grundstück betritt, welches sich noch immer in des „Mittenten" Besitz befindet, daher durch diesen Einzug den Besitz an solchem keineswegs erwerben kann — immer natürlich vorausgesetzt, dass der Irrthum sich wirklich auf das corpus selbst und nicht etwa blos auf den Namen bezogen hat.

Der zweite ins Auge zu fassende Vorgang ist das ire in fundum — die Thatsache, dass das Grundstück wirklich von dem „missus" betreten, bezogen apprehendirt ist, und zwar nicht, wie man erwarten sollte, dasjenige, in welches er eingewiesen zu sein glaubte, sondern dasjenige, in welches er zwar nach des Mittenten Meinung eingewiesen ist, nicht aber nach seiner eigenen.

Hier wirft sich vor Allem die Frage auf, wie Ulpian es sich gedacht habe, dass missus dazu gekommen ist, ein Grundstück zu beziehen, in welches er nicht glaubt eingewiesen zu sein.

Der Grund, auf welchen man zunächst verfallen wird, ist allerdings der, dass der Betreffende das von ihm bezogene Grundstück irrthümlich für dasjenige hielt, in welches der Andere ihn einweisen wollte.

Aber es lässt sich der ganze Hergang auch folgendermassen denken:

Zwischen der missio in possessionem und der itio in fundum kann möglicherweise ein zeitlicher Zwischenraum gelegen haben. Während dieser Zeit kann nun der missus seines Irrthums inne geworden sein, d. h. erfahren haben, dass sein Vormann ihn nicht in den Sempronianus, sondern in den Cornelianus einzuweisen beabsichtigte. Wenn nun der Werth und die sonstige Beschaffenheit beider

Grundstücke ziemlich gleich waren, so ist anzunehmen, dass Jenem wenig daran liegt, ob er den einen oder den anderen fundus bekomme, und, wenn das ist, wird er, nachdem er seinen Irrthum erkannt, ohne erst eine neue missio zu provociren, stillschweigends das Grundstück beziehen, in welches der andere ihn, wie er nun weiss, gewiesen hat.

Wie nun aber, wenn der Mittent in der Zwischenzeit vom anfänglichen Irrthum des missus Kenntniss erhalten hat? ist er dann noch an seine missio gebunden, die durch den dissensus in corpore vereitelt wurde? Schwerlich! denn die missio ist ja juristisch gar nicht vorhanden. Sollte derselbe sich daher nur eines Anderen besinnen, so muss es ihm freistehen, über den Besitz des fundus anderweitig zu verfügen, den auf Grund der vereitelten missio Eingezogenen aber als unberufenen Eindringling hinauszuweisen, im Weigerungsfalle mit dem Uti Possidetos gegen ihn aufzutreten, in welchem derselbe, da dieser Einzug ihm keinen Besitz verschaffen konnte, unterliegen muss.

Es mag richtig sein, dass 99 Mal von 100 der mittens den auf dem Grundstück, an welchem er ihm den Besitz verschaffen wollte, factisch Befindlichen ruhig darauf belassen und hiedurch zum Besitzer machen wird, um so mehr wenn er in Folge Kaufs, Schenkung etc. etc. ohnehin zur Tradition verpflichtet war. Aber im 100sten Falle kann das vorausgehende Geschäft an irgend einem Mangel laboriren, wie es denn immer ungültig ist, wenn der bei der missio vorkommende dissensus in corpore bereits beim Abschluss des die causa bildenden Geschäfts vorhanden war. In diesem hundertsten Falle kann es dem Mittenten von Wichtigkeit sein, sich seiner possessorischen Rechtsmittel nicht begeben zu haben.

Das ire in fundum auf dem Grund einer durch dissensus in corpore vereitelten missio in vacuam possessionem ist also ein für den Besitzerwerb irrelevanter Vorgang. Die Be-

sitzverhältnisse bleiben ganz dieselben, als läge weder der Schein einer missio vor, noch wäre der vermeintliche missus in den fundus eingezogen.

Der einzige Punkt, in welchem wir mit Brinz nicht vollständig übereinstimmen, betrifft die objective Voraussetzung, an welche die Ulpianische Entscheidung geknüpft ist. Brinz findet diese in dem Umstande, dass es sich um eine possessionis traditio in seinem Sinne handelt, nämlich um Ueberlassung des von der Sache isolirten Besitzes auf dem Grund einer causa, die eine solche Isolirung herbeiführt, als precarium, pignus, possessionis emtio, donatio u. s. w. Wir unserseits setzen voraus, dass es sich um eine vacuae possessionis traditio in unserem Sinn handle, d. h. um Ueberlassung des nutzbaren Besitzes ohne Rücksicht darauf, ob dem Empfänger mittelst des Besitzes auch die Sache selbst ins Vermögen gebracht werden soll, oder nicht.

Auf alle Fälle steht unserer Auffassung der Wortlaut der Stelle zur Seite, während die von B. vertheidigte doch nur durch Vermittlung einer restrictiven Interpretation aufrecht zu halten ist.

§. 9.

Bisher ist aber nur der erste Theil unserer Stelle der Betrachtung unterzogen werden. Die eigentliche Begründung wird unsere Erklärung erst erhalten durch das richtige Verständniss des weiteren Gedankenganges Ulpians, welcher den zweiten Theil beginnend mit den Worten quoniam autem bildet, dessen Sinn wir noch nirgends in einer uns befriedigenden Weise dargelegt gefunden haben.

Ulpian wirft nämlich die Frage auf, ob nicht, obgleich (wir nehmen keinen Anstand hier die Mommsen'sche Conjectur zu adoptiren) zwischen Mittens und missus consensus nicht bestanden habe, der Erstere doch auf alle Fälle des Besitzes verlustig angesehen werden müsse, nicht etwa weil er corpore zu besitzen aufgehört hat — denn er kann ja trotz der vorgenommenen missio noch auf dem Grundstück verweilen, selbst nachdem der missus in fundum ibat, sondern weil er durch einen Willensact den Besitz mittelst der missio auf letzteren übertragen hat. Celsus und Marcellus haben nämlich die Ansicht aufgestellt, man könne den Besitz durch blossen Willensact (animo) aufgeben (deponere) und verändern (mutare), d. h. in blosse Detention verwandeln.

Die Aussprüche der genannten Juristen, auf welche Ulpian sich bezieht, sind möglicherweise in L. 18 pr. und L. 19 pr. h. t. enthalten. Die erstere Stelle (Celsus) enthält den bekannten Satz: quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere etc. und die letztere (Marcellus) die Entscheidung: „qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit, quaero utrum desinat possidere, an non? respondi, in promtu est, ut possidere desierit.“ In beiden Fällen ist durch den blossen Willen der Besitz aufgegeben und in Detention verwandelt, ein Vorgang, den die Neueren, aber mehr mit Beziehung auf den Erwerb als den Verlust des Besitzes, bekanntlich constitutum possessorium nennen. Dass Ulpian die Sache nicht in dem Grade für selbstverständlich hielt wie Celsus und Marcellus, ergibt sich aus L. 77 D. de R. V., wo ein ähnlicher Vorgang nur mit den das Bedenken nicht ausschliessenden Worten „posse defendi“ approbirt wird. Jedenfalls lässt sich aus der Ausführung der beiden Gewährsmänner der Schluss ziehen, dass der Satz noch nicht zum Ansehen einer recepta sententia durchgedrungen war.

Hier aber argumentirt Ulpian aus der Voraussetzung,

dass jene Theorie begründet sei, und frägt, ob nicht in allen Fällen, wo der Besitzer trotz vorgenommener missio auf dem Grundstück verbleibt, in letzterer eine depositio und mutatio des Besitzes gesehen werden muss, so dass der Mittent jetzt im Namen des missus detiniren zu wollen erklärt, und auf diese Weise den Letzteren zum juristischen Besitzer macht (et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam adquisita est?), so dass es also des ire in fundum gar nicht bedürfen würde. Diese Frage wird aber verneint durch die Worte: non puto errantem adquirere. Denn jede derartige Verwandlung des Besitzes beruht auf dem Einverständniss des bisherigen Besitzers mit dem Besitzerwerber. Wo dieser consensus in Folge des error aufgehoben ist, in welchem sich der missus befand, indem er glaubte, er sei in den fundus Sempronianus eingewiesen, kann eine solche nicht auf ein-, sondern auf zweiseitiger Willenserklärung beruhende depositio et mutatio possessionis sich nicht ereignen. Der Wille des Mittenten muss daher, weil ihm der correspondirende Wille des missus fehlt, ohne juristischen Erfolg bleiben.

Wenn dies der Gedankengang Ulpian's ist, so ergibt sich mit Evidenz, dass mit dem non puto errantem adquirere ein solches errare gemeint ist, welches den consensus zwischen den Parteien ausschliesst, daher mit dissentire gleichbedeutend ist. Errare auf den einseitigen Irrthum, die Verwechselung bei dem ire in fundum zu beziehen, hätte auf diese Art keinen Sinn, und wir sind nicht im Stande uns einen andern Gedankengang aus den Worten zurechtzulegen, in welchem es einen Sinn hätte. Die Worte: et si animo etc. können sich doch unmöglich auf den Einzug ins Grundstück beziehen, welcher ja gerade umgekehrt einen körperlichen Erwerb darstellt.

So die Sache gefasst erhält nun auch der Schlusssatz: ergo nec omittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recedit de possessione seine sehr einfache Erklärung.

Derselbe bezieht sich nämlich nicht auf den ersten Theil der Stelle, in welcher in Folge der ungültigen missio in vac. poss. dem Eintritt in den fundus die Bedeutung des Besitzerwerbs abgesprochen wird, denn durch die missio als solche ist der Besitz in dem hier in Betracht kommenden Sinne überhaupt gar nicht aufgegeben, sondern nur auf die zuletzt gestellte Frage, was in Voraussetzung der Nichtigkeit von Celsus und Marcellus Meinung Rechtens sei. Da das bezeichnete Geschäft (constitutum possessorium) in Folge des Irrthums dem missus nicht den Besitz verschaffen kann, so entzieht es denselben auch nicht dem bisherigen possessor, denn Erwerb und Verlust bedingen sich gegenseitig. Hat das Geschäft nicht die Kraft, den Besitz zu verschaffen, so hat es auch nicht die Wirkung, seinen Verlust herbeizuführen. So sind u. E. die Worte quodammodo sub conditione etc. zu verstehen — es handelt sich um eine dem rechtlichen Vorgange selbstverständlich inwohnende Bedingung

Und hiemit verschwindet denn auch jeder Widerspruch mit L. 18 §. 1 h. t., in welcher Stelle es Celsus bekanntlich für lächerlich erklärt, wenn Jemand, der einem furiosus, den er für sanae mentis hielt, eine Sache tradirt, sagen wollte, er habe den Besitz dieser Sache nur unter der Bedingung aufgegeben, dass ihn der Empfänger erwerben würde. An eine solche Bedingung hat der Tradent gar nicht gedacht, und hätte er daran gedacht, so würde dieser Gedanke als blosse reservatio mentalis ohne allen Belang sein. Die Sache ist factisch weggegeben und damit der unbedingte Wille, den Besitz aufzugeben, ausgesprochen, und wäre dieser Fall Ulpian zur Entscheidung vorgelegt worden, so würde er das, was Celsus ridiculum erschien, ohne Zweifel ebenfalls, wenn auch vielleicht mit milderem Ausdruck, für unstatthaft erklärt haben.

§. 10.

So hätte sich denn nach 3 Richtungen hin die vacuae possessionis traditio als ein juristischer Vorgang bewährt, dessen Wirksamkeit von den nämlichen Voraussetzungen abhängt, denen jede absichtliche Vermögensübertragung von einem Subject auf das andere unterworfen ist, und der Erwerb des Besitzes, wenn unternommen auf den Grund eines derartigen Vorganges, hätte sich mittelbar durch die nämlichen Erfordernisse bedingt gezeigt.

Es fragt sich aber, ob der Parallelismus mit anderen Vermögensübertragungen hiemit ein Ende hat, oder ob die Quellen zu einer noch weiteren Durchführung desselben den nöthigen Anhalt bieten.

Jede Vermögensübertragung ist bekanntlich auf eine causa gegründet, die entweder in solvendo, obligando oder donando besteht. Soweit nun andere Vermögensübertragungen von der Gültigkeit der ihnen in concreto zu Grunde liegenden causa abhängig sind, scheint dies mit der vacuae possessionis traditio auch der Fall sein zu müssen. Wenn daher vacua possessio in Folge einer vom Rechte für unstatthaft erklärten causa tradirt wird, so könnte consequenter Weise von einem Erwerbe des Besitzes als Vermögensobject nicht die Rede sein. Ob durch geschehene Apprehension in solchen Fällen nicht wenigstens der formale Besitz mit der Wirkung des Interdictenschutzes erworben wird, ist eine andere Frage, denn hier liegt die Sache anders wie bei den drei bisher betrachteten Voraussetzungen (Besitz und Handlungsfähigkeit des Tradenten-Consens zwischen Tradenten und Empfänger). Dass beim Mangel der letzteren kein Besitz erworben wird, beruht darauf, dass der Apprehendent durch Eingehung des

Traditionsgeschäfts seinen Willen dahin gebunden hat, nur im Falle der Gültigkeit desselben Besitz zu erwerben. Ist dieses aber seinen natürlichen Voraussetzungen nach gültig und nur durch eine positive Rechtsregel für ungültig erklärt, so hängt Alles von dem Umfange ab, in welchem diese Rechtsregel zu wirken bestimmt ist. Will dieselbe also z. B. bloss einen Vermögensübergang verhindern, so ist die auf den Grund der verbotenen causa erfolgte vacuae possessionis traditio auch nur insoweit unwirksam, als sie einen solchen ohne das Verbot zur Folge haben würde. Da aber der Besitz als solcher keinerlei Vermögensänderung (causa bonorum) enthält, so kann nicht gesagt werden, dass der Wille des Apprehendenten sich weiter gebunden habe, als die Sphäre des die causa für unstatthaft erklärenden Rechtssatzes reicht.

Der wichtigste Fall dieser Art, und der einzige, von welchem in den Quellen ausdrücklich gehandelt wird, ist das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten.

Die hieher gehörigen Stellen sind folgende:

L. 46 D. de don. i. v. e. u. (Ulpian). Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.

L. 1 §. 2 D. pro donato (Paulus). Si inter virum et uxorem donatio facta sit cessat usucapio.

Possidere autem uxorem rem a viro donatam Julianus putat.

L. 1 §. 4D de poss. (Paulus). Si vir uxori cedat possessione, donationis causa, plerique putant possidere eam: quoniam res facti infirmari jure civili non potest: et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem.

L. 16 D. eod. (Ulpianus). Quod uxor viro aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur.

L 1 §. 10 D. de vi (Ulpianus). Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit: poterit interdicto uti; non tamen si colonus.

Während die vier letzteren Stellen den Besitzerwerb des beschenkten Ehegatten einstimmig anerkennen, erklärt L. 46 cit. auch bezüglich des Besitzes die Schenkung unter Ehegatten für ungültig.

Sollte das so viel heissen, als der beschenkte Ehegatte werde nicht Interdictenbesitzer, so würde Ulpian mit sich selbst im Widerspruch stehen, was selbstverständlich nicht angenommen werden kann.

Von jeher sind daher die Interpreten bemüht gewesen, die L. 46 anders zu erklären.

Die meisten Neueren scheinen sich bei der bekannten Erklärung Savigny's beruhigt zu haben, es werde hier offenbar nicht der Besitz geleugnet, sondern die Schenkung — es werde also nur behauptet, die Frau besitze nicht pro donato ganz im Einklang mit den übrigen Stellen.

Dem gegenüber bemerkt aber Brinz (a. a. O. p 56), nicht minder offenbar sei hier die possessio Gegenstand der Schenkung und die Schenkung auch eines solchen Gegenstandes nur dann nichtig zu nennen, wenn ihn der zu Beschenkende der Schenkung ohnerachtet nicht bekommt, also nicht Besitzer wird.

Brinz bezieht also die L. 46 auf solche Schenkungen, deren Gegenstand der von der Sache abgelöste Besitz ist — „possessionis traditio" — die übrigen Stellen bezieht er auf rei traditio.

Die Richtigkeit des von Brinz der Savigny'schen Erklärung gemachten Einwurfs vollständig anerkennend können wir unsererseits nicht umhin, unserer Grundauffassung getreu, die L. 46 cit. von vacuae possessionis traditio zu verstehen. Eine solche wird, wie sie es ihrer Natur (als Vermögensübertragung) nach muss, wenn sie auf dem Grund einer donatio i. v. et ux. vorgenommen ist, für ungültig, nulla erklärt, d. h. durch dieselbe geht nichts aus dem Vermögen des Schenkers in dasjenige des Beschenkten über.

Sollte aber der beschenkte Ehegatte den Gegenstand, an welchem ihm (vac. poss.) tradirt ward, auf Grund dieser traditio apprehendirt haben, so erwirbt er, unserer Ansicht nach, auch nicht den Interdictenbesitz, weil vac. poss. traditio juristisch nicht vorhanden war, obgleich sonst der Besitz als factum ausser der Sphäre des Schenkungsverbotes liegt.

Ob der schenkende Ehegatte dem zu Beschenkenden das Eigenthum der Sache oder nur den Besitz abtreten wollte, scheint uns für die Frage, ob der Interdictenbesitz erworben sei, von keinem Einfluss. Hat der Beschenkte, von vac. poss. trad. abgesehen, die Sache einmal in Besitz genommen, so muss er in dem einen wie in dem anderen Fall als pro possessore possidens angesehen werden. Der Wortlaut der L. 1 §. 4 D. de poss.: Si vir uxori cedat possessione etc. erstreckt sich offenbar auf beide Fälle.

Das schenkweise Rechtsgeschäft, welches in L. 46 cit. für ungültig erklärt wird, kann, wenn der Widerspruch schwinden soll, nur ein solches sein, durch welches unabhängig zunächst von der Besitzergreifung der Besitz im Sinne des ökonomischen Ertrags der Sache in das Vermögen des zu Beschenkenden gebracht werden soll, d. h. die vacuae possessionis traditio.

Eine andere mögliche Lösung wäre freilich die, welcher die Glosse vor allen anderen den Vorzug gibt, dass nämlich in L. 46 die Schenkung nur bezüglich des letzten Erfolgs für ungültig erklärt werde, insofern der Schenker den vom Beschenkten erworbenen Besitz mittelst einer possessionis condictio (sine causa) zurückfordern könne (tu dic quod non quo ad effectum cum cito possit revocare Gl. ad L. 46 u. L. 27 h. t.). Vgl. L. 6 D. de don. i. v. et ux. und L. 15 §. 1 D. de cond. indebiti.

Der Zweck des Schenkungsverbotes, dass nämlich der eine Ehegatte sich auf Kosten des andern nicht bereichern

soll, wird vollständig erreicht, wenn auf Wiederherausgabe des sine causa erworbenen Besitzes ein entsprechendes Rechtsmittel, nämlich eine condictio, deren Gegenstand der Besitz ist, gegeben wird.

Dass die condictio überhaupt das Rechtsmittel ist, durch welches der schenkende Gatte das, was in Folge der Schenkung an den anderen gelangt ist, zurückfordert (selbstverständlich wenn keine vindicatio Statt findet), sagt ausdrücklich L. 4 D. h. t. (quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex injusta causa retineri intelligitur, ex quibus causis condictio nasci solet.)

Ist dies der Besitz, so bildet dieser den Gegenstand der condictio, wie bekanntlich auch gegen den Dejicienten (L. 1 §. 1 L. 2 t. de cond. trit., L. 25 pr. §. 1 D. de furtis) und im Fall eines indebite tradirten Besitzes (L. 18 §. 1 D. de cond. indeb.) eine possessionis condictio Statt findet. *)

L. 46 cit. würde nach dieser Erklärung also zum Inhalt haben den Satz, dass der vom beschenkten Ehegatten erworbene Besitz sine causa oder ex injusta causa erworben sei und desshalb die condictio begründe.

Auch auf diesem Wege wäre die Vereinigung mit den übrigen Stellen herbeigeführt.

In diesem Falle würden wir über die Wirkung einer ex injusta causa geschehenen vacuae possessionis traditio keinen positiven Quellen-Ausspruch besitzen.

Nichtsdestoweniger aber, glauben wir, müsste auch dann die Argumentation aus der Analogie zu dem gleichen Resultate führen, als wenn der L 46 cit. von vac. poss. traditio zu verstehen wäre.

---

*) Vergl. Bruns Recht des Besitzes p. 27 ff.

§ 11.

Die nöthigen Grundlagen scheinen jetzt vorhanden, um das Verhältniss zwischen vacuae possessionis und rei traditio, wie es uns aus den Quellen entgegentritt, in voller Schärfe abgrenzen zu können.

1. Vacuae possessionis traditio stellt sich dar als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen dem Besitzer einer Sache und demjenigen, welchem der Besitz überlassen werden soll, in welchem Ersterer erklärt, dass er den Besitz ledig von jedem die freie Ausübung beschränkendem Hinderniss (also auch von dem Hinderniss, welches in seinem eigenen Besitz liegt) dem Letzteren einräume und überlasse, dieser Letztere aber seinen Willen ausdrücklich oder stillschweigend dahin erklärt, dass er zufolge der v. p. traditio den überlassenen Besitz erwerben und übernehmen wolle.

2. Die Gültigkeit dieses Rechtsgeschäftes ist an die Voraussetzungen geknüpft, dass der Ueberlassende handlungsfähig sei, über den Besitz verfügen könne, und dass die Parteien bezüglich derjenigen Punkte einverstanden sind, bezüglich welcher bei zweiseitigen Geschäften überhaupt consensus vorhanden sein muss.

3. Die Wirkung dieses Geschäfts, wenn dasselbe an keinem seine Gültigkeit aufhebenden Mangel laborirt, ist die, dass der empfangende Theil an dem betreffenden Objecte zu jeder Zeit körperlichen Besitz zu ergreifen befugt ist. Wenn unbewegliche Sachen, wie es in der Regel der Fall ist, den Gegenstand der vac. poss. traditio bilden, so bedarf es, wenn der Traditionsact in unmittelbarer Nähe des Grundstücks abgeschlossen ist (L. 18 §. 2 D. de poss.), keiner körperlichen Betretung desselben, im entgegengesetzten Fall

nur des einfachen Einzugs, sei es in eigener Person oder in derjenigen eines Stellvertreters.

4. Schon durch die blosse vacuae poss. traditio, abgesehen von der körperlichen Besitzergreifung, geht der Besitz, von der Seite seines ökonomischen Werthes betrachtet, in das Vermögen (bona) des Empfängers über, so zwar, dass nicht blos der ganze aus der Sache sich ergebende Ertrag in weitester Ausdehnung dem Letzteren zu Gute kommt, sondern auch alle sonstige sich an den Besitz knüpfenden Vortheile, als da sind Beklagtenrolle im Eigenthumsstreit, Freiheit von processualischen Cautionen, Verwerthung des Besitzes durch Weiterveräusserung u. A. m., von ihm in Anspruch genommen werden können.

5. Das Recht, sich der possessorischen Interdicte mit Erfolg zu bedienen, wird dem Tradenten gegenüber schon durch vac. poss. traditio erworben, d. h. sollte der Tradent, dem Vertrage zuwider, vor erfolgter Apprehension Handlungen vornehmen, durch welche er der Ausübung des von ihm selbst dem andern Theile überlassenen Besitzes Hindernisse in den Weg legt, so wird er als ein Störer fremden Besitzes im Interdictenprocess unterliegen müssen. Dritten Personen gegenüber, die vor erfolgter Apprehension Störungen des Besitzes unternehmen sollten, wird nur der Tradent zur Anstellung der Interdicte befugt sein, weil derselbe lediglich mit Rücksicht auf denjenigen, dem er vacuam possessionem tradirte, auf den Besitz verzichtet hat. (L. 34 pr. i. f. D. de poss., L. 18 §. 1 D. de vi.)

6. Der Apprehensionsact hat bei vacuae poss. traditio die Bedeutung der factischen Ausübung des durch jenes Rechtsgeschäft überlassenen Besitzrechtes. Wenn daher dieses an irgend einem seine Gültigkeit aufhebenden Mangel laborirt, so ist der Apprehensionsact ohne juristische Bedeutung und führt nicht zum Erwerbe des Besitzes. Man kann in diesem Falle nicht etwa sagen, die Besitzergreifung müsse

dann doch zum Mindesten als Occupationsact gelten, da der Apprehendent doch auf alle Fälle die Sache animo domini unter seine Herrschaft bringe. Er thut das vielmehr nur in der Absicht, um die ihm vom Tradenten überlassene vacua possessio auszuüben. Da nun aber im Falle der Ungültigkeit des Ueberlassungsgeschäftes possessio gar nicht vacua geworden ist, so geschieht nicht das, was der Apprehendent gewollt hat, und was geschieht, ist vom Apprehendenten nicht gewollt worden. Das physische Verhältniss, in welches derselbe zur Sache tritt, ist daher nur ein dem oberflächlichen Scheine nach als Besitz sich darstellendes Haben, ein in possessione esse, kein wahrer Besitz. Zu solchem — aber dann freilich zu vitiosem — würde dasselbe erst werden, wenn der Inhaber es unternehmen sollte, sich gegen den Tradenten zu behaupten m. a. W. diesem den Besitz gegen seinen Willen abzugewinnen. In diesem Fall würde auf den Grund einer neuen causa, nämlich der gewaltsamen Depossedirung, ein Besitz erworben werden, der aber mit der vac. poss. traditio in gar keiner juristischen Verbindung steht.

7. Wenn ohne vorausgehende vac. poss. traditio Sachen übergeben werden — wie das bei Mobilien regelmässig der Fall ist — dann ist einfach res tradita. Diese rei traditio hat gar nicht die Bedeutung eines eigentlichen Rechtsgeschäftes, sondern sie stellt sich als eine bloss factische Beihülfe zur Erwerbung der physischen Macht über die Sache dar, daher sie von Jedem vorgenommen werden kann, der durch sein factisches Verhältniss zur Sache, sei es Besitz oder Detention, in der Lage ist diese Beihülfe zu gewähren. Hier ist Besitz unter allen Umständen erworben, sobald der Empfänger animo domini die Sache in den Bereich seiner Machtsphäre, seines freien Schaltens und Waltens gebracht hat.

Auf diese rei traditio, und nur auf diese, passt voll-

kommen, was von der Doctrin, welche die herrschende ist, und es vermuthlich noch eine geraume Zeit bleiben wird, gelehrt wird, und was sich nicht präciser, als mit den Worten Puchta's *) formuliren lässt: „Die Erfordernisse des Besitzerwerbs verändern sich nicht, er mag unter Mitwirkung eines bisherigen Besitzers (Tradition) geschehen, oder durch die blosse Thätigkeit des Erwerbers (Occupation). Die Tradition enthält keine Succession in den Besitz.“ Freilich nicht, wenn die Tradition nichts ist als „Uebergabe“ und der Besitz nichts als „thatsächlichlich gewordener Herrschaftswille.“ Wohl aber, wenn es eine Tradition gibt, die etwas anderes ist, als Uebergabe — und einen Besitz, der Vermögen, res juris, ökonomisches Gut — causa bonorum ist.

§. 12.

Zum Schluss soll noch der Versuch gemacht werden, die in den vorstehenden Paragraphen entwickelte Theorie der vacuae possessionis traditio zur Interpretation einer Stelle zu verwenden, welche in einem Grade, wie wenig andere, den Scharfsinn der Ausleger auf die Probe gestellt hat, über welche aber, trotzdem dass die grössten Meister der Exegese, darunter Donellus, Savigny und Puchta ihre gründlichst motivirten Erklärungen als die einzig möglichen hingestellt haben, doch bis auf den heutigen Tag die Wissenchaft, nach Rudorff's Ausdruck, „noch lange nicht im Reinen ist“.

Es ist dies das berühmte Rescript des Kaiser Decius über den Besitzerwerb eines infans (C. 3 C. de poss.) also lautend:

---

*) Pandekten §. 130.

Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentieutes: tamen consultius videtur, interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem infanti possessio poterit adquiri.

Ueber die bisherigen Auslegungen vgl. Savigny Besitz §. 21 und Rudorff in den Zusätzen S. 647 ff. und besonders Puchta kleine civilistische Schriften S. 313 ff.

Eine vortreffliche Kritik beziehungsweise Widerlegung aller früheren Auslegungen dieser Stelle, insbesondere der von Savigny adoptirten des Donellus, ist von Puchta in der erwähnten Abhandlung gegeben.

Puchta's eigene mit eminenter Eleganz und vollendeter Dialektik begründete Erklärung geht bekanntlich darauf hinaus, dass die fehlende tutoris auctoritas nicht in ihrer juristischen, sondern in ihrer natürlichen Function, den mangelhaften animus possidendi des infans zu ergänzen, durch den Tradenten ersetzt werde. Hingegen ist aber von Rudorff (a. a. O. p. 649) treffend bemerkt worden, dass: 1. dann das Wort „interim" keinen Sinn habe, welches nicht, wie Puchta meint, „schon jetzt" heissen könne; 2. bei jeder Tradition, auch aus einem lästigen Titel das gleiche angenommen werden müsse; 3. der Tradent nicht nur gleichsam Specialvormund des Kindes, sondern noch dazu auctor in rem suam sein würde.

Rudorff selbst greift wieder im Wesentlichen auf die von Beyma und Retes vertretene „Mittelmeinung" zurück, welche Puchta als die „schlechteste von Allen" abfertigt, dass nämlich das Kind allein den Besitz erwerbe aber nur einstweilen (interim), d. h. bis zur Prüfung durch den Vormund, welcher Besitz also resolutiv bedingt sei, und durch Verweigerung der Genehmigung wieder rück-

gängig werde. Ein solcher einstweiliger Besitz sei unbedenklich anzunehmen: 1. bei der väterlichen Erbschaft, die das Kind als suus heres erwirbt; 2. bei Schenkungen, deren Annahme, wenn sie nicht unter lästigen Bedingungen erfolgt, unstreitig einen Vortheil enthält, „welcher dem Kinde nicht entgehen darf".

Der Bemerkung Puchta's, dass eine nachfolgende auctoritas unstatthaft sei, stellt Rudorff S. 648 n. 1 die Behauptung entgegen, bei einem fortdauernden Zustand, wie der Besitz, könne allerdings die auctoritas auch nachträglich ertheilt werden, wofür er als Argument L. 22 §. 1 D. de precar. anführt. In dieser Stelle ist aber weder direct noch indirect von einer nachträglichen tutoris auctoritas etwas enthalten, sondern nur gesagt, dass ein Pupill precario auch dann besitze, wenn er ohne auctoritas precario rogirt habe.

Dagegen müssen wir Rudorff allerdings beistimmen, wenn er in Uebereinstimmung mit den von Puchta zu wegwerfend behandelten Duarenus und Giphanius die Entscheidung auf den Besitzerwerb geschenkter Gegenstände, als bei welchen derselbe dem Kinde nur zum Vortheil gereichen kann, beschränkt wissen will.

Aber auch in einer anderen Beziehung hat sich Rudorff u. E. um die Interpretation unserer Stelle ein wesentliches Verdienst erworben, indem er nämlich darauf aufmerksam macht, dass unter den res donatae höchst wahrscheinlich nicht bewegliche Sachen, sondern „Landgüter" zu verstehen seien, wofür er als Argument die L. 26 C. de donat. und noch schlagender die L. 2 C. de donat. sub modo anführt, in welcher Stelle, wie sich aus der identischen fr. Vat. 283 ergibt, rerum aus stipendiorum (praediorum) interpolirt ist.

Es liessen sich aber auch zahlreiche andere Stellen (z. B. L. 37, L. 52 §. 2 D. de poss., L. 6 D. de vi., L. 6

C. si quis alteri, L. 2 C de reb. alien. non alien., L. 2 C. de praed. decur.) anführen, in denen ganz unverkennbar res schlechtweg für res immobilis gebraucht ist. Durch diese hiernach kaum zu bezweifelnde Annahme, dass es sich um liegende Gründe handelt, fallen nicht allein alle auf leichtes Ergreifen, „mit den Händchen langen" u. dgl. m. gegründete Erklärungen von selbst zusammen, sondern der ganze zur Frage stehende Vorgang bekommt eine andere Farbe und das corpore quaerere eine andere Bedeutung.

Mit Zugrundelegung unserer Ansicht von vacuae possessionis traditio glauben wir die Stelle folgendermassen verstehen zu müssen:

Jemand, der einem Kinde Liegenschaften schenken will, hat dem betreffenden Schenkbrief (Vgl. L. 26 C. de donat.) die Clausel beigefügt, dass vacua possessio tradirt sei, *) und diesen Schenkbrief dem Kinde eingehändigt ohne Zuziehung des Vormunds. Auf dieses hin ergreift später das Kind, selbstverständlich tutoris auctoritate (L. 32 D. de poss.) oder der Tutor im Namen des Kindes körperlichen Besitz. Es erhob sich nun der Zweifel, ob diese Besitzergreifung wirksam sei, da behauptet werden konnte, sie sei auf Grund einer ungültigen vacuae possessionis traditio geschehen. Denn letztere setzt, wie aus L. 34 D. de poss. entwickelt wurde, den vollen Consens zwischen Tradenten und Empfänger voraus, welcher durch die Willensunfähigkeit des Kindes ausgeschlossen wird. Da es sich hier aber um eine Schenkung, d h. ein schlechthin lucratives Geschäft handelt, so hält es der Rescribent für angezeigt, dass von dem vollen Verständniss Umgang genommen werde, da das Kind doch wenigstens so viel begreift, dass ihm etwas geschenkt werden soll; desshalb entscheidet derselbe, das Kind erwerbe bis zur körperlichen Besitzergreifung (interim) den Besitz in dem

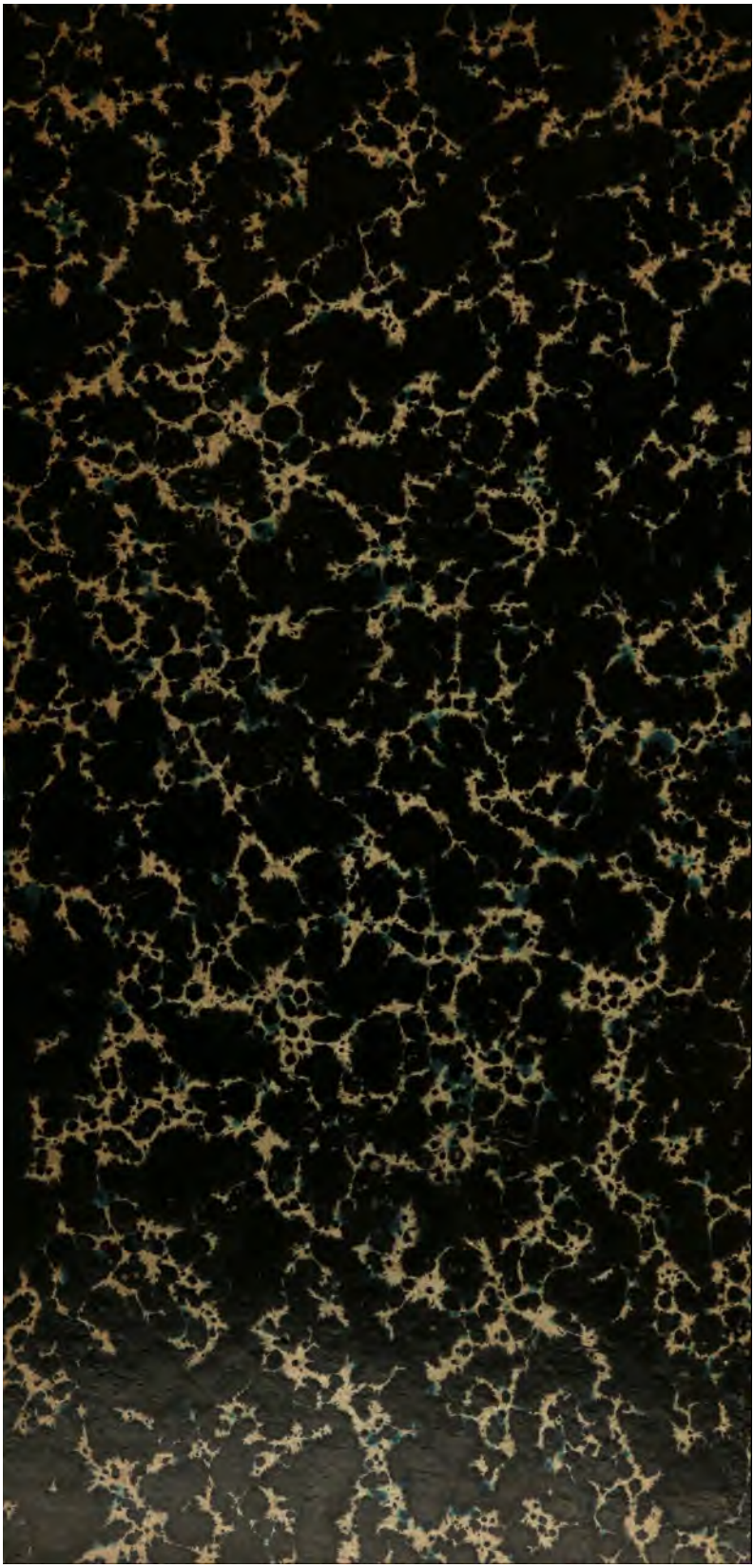
*) Vgl. oben p. 23.

Sinne, in welchem jeder ihn erwirbt, dem vacua possessio gültig tradirt ist, und demzufolge verschafft nun auch der unter den nöthigen Voraussetzungen vorgenommene Apprehensionsact den körperlichen Besitz. Würde man die vacuae poss. traditio nicht als gültig anerkennen, dann, schliesst der Kaiser mit Berufung auf ein uns nicht erhaltenes responsum Papinian's, würde freilich die Besitzergreifung nichts helfen (so wenig wie dem irrenden missus in L. 34 cit. sein ire in fundum Cornelianum), sie möge nun mit oder ohne den Vormund geschehen sein.

Da es sich hier übrigens nur um eine Anwendung, nicht um einen Beweis unserer Theorie von vacuae possessionis traditio gehandelt hat, so wird in der etwa nachzuweisenden Nichtstatthaftigkeit vorstehender Auslegung selbstverständlich kein Präjudiz gegen erstere enthalten sein.

HARVARD LAW LIBRARY

Gift of

John Chipman Gray

RECEIVED APR 6 1933